

THÈSE DE
DIJON.

1892.

N^o. 1.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN
DE LA MANUS

DROIT FRANÇAIS
DU SORT DES ACTES ACCOMPLIS

PENDANT LA PÉRIODE SUSPECTE

PAR

LE FAILLI OU LE LIQUIDÉ JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le vendredi 8 avril 1892

PAR

ALBERT LAVRAND

Lauréat de la Faculté de droit, Juge suppléant au Tribunal civil de Mâcon,

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. RENARDET, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS :

{ MM. BAILLY, doyen.
MONGIN, professeur.
LOUIS-LUCAS, agrégé.

MACON

PROTAT FRÈRES, IMPRIMEURS

1892



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

MAÇON, PROTAT FRÈRES, IMPRIMEURS

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN
DE LA MANUS

DROIT FRANÇAIS
DU SORT DES ACTES ACCOMPLIS

PENDANT LA PÉRIODE SUSPECTE

PAR

LE FAILLI OU LE LIQUIDÉ JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le vendredi 8 avril 1892

PAR

ALBERT LAVRAND

Lauréat de la Faculté de droit, Juge suppléant au Tribunal civil de Mâcon,

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. RENARDET, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS : { MM. BAILLY, doyen.
MONGIN, professeur.
LOUIS-LUCAS, agrégé.

MACON

PROTAT FRÈRES, IMPRIMEURS

1892

DROIT ROMAIN

DE LA MANUS

DROIT ROMAIN

DE LA MANUS

INTRODUCTION

1. — Le mot *manus* avait, dans la langue juridique romaine, des significations très diverses ; il indiquait, d'une façon vague, toute espèce de puissance tant sur les personnes que sur les choses. L'expression elle-même est une traduction fidèle de cette idée. « Lorsque la force physique est la source de l'acquisition, dit très exactement Von Ihering, il est naturel que la main y joue le premier rôle comme instrument. » Et plus loin : « La puissance juridique elle-même est nommée *manus*, parce que, en fait, c'est la main qui l'a fondée et qui la détient¹. »

Nous rencontrons aussi le mot *manus* comme synonyme d'esclavage (Justinien, *Inst. princ.* I, 5) ; puis Tite-Live (XXXIV, 2 et 7) et Tacite (*Annales* XV, 19) l'emploient pour désigner la *patria potestas*. Enfin Pomponius s'en sert pour exprimer l'autorité absolue des rois (L. 2, § 1, D. I, 2).

Mais il avait une signification technique, un sens

1. Von Ihering, *De l'esprit du droit romain*, traduct. Meulenaere, 3^e édition, t. I, p. 115. Voir aussi : Carle, *Le origine del diritto romano*, pp. 427-430.

particulier et indiquait une puissance du droit civil, différant de la *patria potestas* et du *mancipium*¹.

C'est la *manus* prise dans ce sens étroit que nous nous proposons d'étudier. Elle constitue, à l'origine du moins, un pouvoir spécial et très étendu du mari sur sa femme et appartenant, d'après Gaius, uniquement aux citoyens romains : « *Quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est*². » Cependant le chapitre 22 de la *Table* de Malaga nous apprend que les Espagnols habitant cette ville étaient assimilés sur ce point aux citoyens romains³.

2. — Cette puissance maritale si considérable a, dans la législation que nous étudions, des racines fort lointaines ; elle a pris naissance en même temps que la famille romaine. En outre, nous la retrouvons à peu près identique chez tous les peuples de race indo-européenne. Il nous semble utile, au début même de cette étude, de jeter un rapide coup d'œil sur les origines de la famille, sur sa constitution et de déterminer l'évolution qu'elle subit. L'absence de documents sur l'époque primitive rend la tâche difficile, les résultats incertains ; aussi Sumner-Maine disait-il

1. Sumner-Maine, *Études sur l'histoire des Institutions primitives*, pp. 387 et 388.

2. Gaius, C. I, 108.

3. Pour cela, il fallait que certaines conditions fussent réunies : *qui quæve ex hac lege exve edicto imperatoris Cæsaris Augusti Vespusiani imperatorisve Titi Cæsaris Augusti aut imperatoris Cæsaris Augusti Domitiani patris patriæ civitatem romanam consecutus consecuta erit, is ea in ejus qui civis romanus hac lege factus erit potestate manu mancipio cujus esse deberet si civitate mutatus mutata non esset, esto idque ejus tutoris optandi habeto, quod haberet, si a cive romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset.* — *Corpus inscript. latin.* t. II, n° 1963, col. I, cap. 22.

que, chaque fois qu'il avait essayé de résoudre cet intéressant problème, « il avait toujours échoué en pleine brume et sur la vase. » Néanmoins les investigations de la science, les rapports des voyageurs qui ont visité des peuplades vivant à l'état sauvage et ayant conservé les mœurs primitives ont jeté une vive lumière sur cette question, et l'on peut conjecturer, sans trop de hardiesse, qu'à l'origine régnait une promiscuité complète ¹. Le mariage était inconnu et, au dire d'Hérodote, « hommes et femmes s'accouplaient au hasard comme les bêtes d'un troupeau ². » Ce témoignage n'est pas isolé ; il est corroboré par les affirmations de Strabon ³ et de Diodore ⁴.

Puis cette société, si l'on peut donner ce nom à cette agglomération d'êtres humains, se modifie ; de vagues notions morales naissent dans les consciences de ces hommes à demi sauvages, les rapports sexuels, sans être réglementés d'une manière bien fixe, ne sont plus laissés au caprice et à l'arbitraire ; des liens de parenté se forment ; nous voyons apparaître la période du matriarcat. L'enfant est rattaché à sa mère ; des rapports s'établissent entre lui et les membres de la famille utérine. En outre, les unions sont interdites entre les personnes appartenant au même groupe social et portant le même nom ; c'est la situation connue sous le nom d'exogamie ⁵.

1. Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome*, trad. par Bourcart, pp. 575 et suiv.

2. Hérodote, liv. IV, ch. CLXXII, CLXXVI, CLXXX.

3. Strabon, liv. VII, ch. 3, n. 7 : « Chez les Scythes, les femmes et les enfants étaient possédés en commun comme dans la République de Platon. »

4. Diodore, III, 32.

5. Kovalevsky, *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*, Stockholm, 1890, pp. 10 et suiv.

Le missionnaire anglais Fison a retrouvé une organisation de tous points semblable chez certaines tribus australiennes et c'est là une découverte qui vient à l'appui du système que nous exposons. Ces tribus sont divisées en deux groupes : chacun comprend des hommes et des femmes portant un même nom. Les unions entre personnes du même groupe sont sévèrement prosrites ; l'homme ou la femme qui désire se marier doit aller chercher un conjoint dans le groupe dont il ne fait pas partie. Si un enfant vient à naître, il appartient au groupe de la mère. Il n'existe que des liens de parenté maternelle.

Ainsi les peuplades qui habitent le mont Gambier, dans l'Australie méridionale, sont divisées en deux clans, portant chacun un nom distinct, les Kumites et les Krokis. Le mariage est interdit entre personnes appartenant au même groupe ; mais, par contre, tout Kumite est de droit l'époux de toute femme Kroki et inversement. Comme le fait remarquer avec beaucoup de justesse M. Kovalevsky, le mariage individuel est remplacé par le mariage des groupes. Nous retrouvons la même organisation chez les habitants de la Nouvelle-Bretagne, les Gallas, les tribus indigènes de l'Afrique et de l'Amérique du Nord.

3. — Nous le voyons, les peuples chez lesquels la civilisation n'a point encore pénétré nous offrent le tableau du matriarcat dans son plein épanouissement. On peut conjecturer que ce qui se passe encore de nos jours chez ces peuples enfants s'est produit également à l'origine des sociétés. Cette hypothèse trouve un point d'appui solide dans le témoignage d'Hérodote qui nous apprend que chez les Lyciens

l'enfant portait toujours le nom de sa mère et prenait son rang social et sa condition. Du reste, les inscriptions lyciennes qui ont été découvertes ne contiennent que le nom de la mère ¹.

Les mêmes usages étaient également suivis par les Phéniciens et par les Égyptiens. M. Kovalevsky prétend que le matriarcat existait aussi chez les anciens Sémites, les Ariens, les Arabes, les Juifs et les Hindous.

Tant que dura cette période, la famille manquait d'unité et de cohésion, ou peut-être serait-il plus exact de dire que la famille n'existait pas encore puisqu'aucun lien ne rattachait l'enfant à l'homme dont il était issu. Mais, peu à peu, les sociétés sortirent de cet état embryonnaire, les mœurs se modifièrent et l'homme s'attacha davantage à sa compagne. Par suite des naissances, les groupes s'accrurent dans une proportion considérable, les forêts, les pâturages devinrent insuffisants pour nourrir tous les membres d'une même tribu ; alors on commença à se séparer : des individus quittèrent le clan pour aller planter leur tente un peu plus loin. Ils emmenèrent leur compagne à qui ils procuraient, en même temps que les choses essentielles à la vie, aide et protection dans le danger. En revanche, l'homme acquit sur la femme une sorte de pouvoir, d'autorité qui se développa et devint plus tard, à Rome, la *manus*.

Ce nouvel état de choses fut l'origine de l'ère patriarcale, ère pendant laquelle la puissance du chef de famille prit des proportions considérables.

Rien, en effet, ne venait s'opposer à ce dévelop

1. Bachofen, *Das Mutterrecht*, p. 300.

pement ; l'Etat n'était pas encore constitué ou n'avait ni la force ni l'autorité suffisantes pour arrêter ces progrès du chef de la famille qui réunissait alors dans ses mains les fonctions de législateur, de juge et de prêtre. La femme, les enfants, les esclaves, tous étaient soumis au pouvoir absolu du père.

4. — Un élément nouveau s'introduisit encore pour donner plus de force et de stabilité à l'union des époux, ce fut la religion. Dès que des cérémonies religieuses accompagnèrent le mariage, il prit un caractère sérieux et durable qu'il n'avait pas auparavant. A Rome, par exemple, *la confarreatio*, ensemble de solennités religieuses que nous décrivons plus loin, donna aux unions qu'elle accompagnait une stabilité et un prestige qui leur manquaient jusqu'alors et les rendit seules susceptibles, à l'origine, de produire des effets de paternité et de filiation légitimes. Chose curieuse, ces cérémonies compliquées d'un culte depuis longtemps disparu se retrouvent aujourd'hui, à peu près les mêmes, chez les tribus indigènes du Caucase, les Ossètes et les Pschevs, dont les coutumes prescrivent aux fiancés de faire le tour du foyer domestique et de manger en commun du pain et du miel.

5. — Avec l'ère patriarcale apparut et se développa, ainsi que nous l'avons dit, le pouvoir domestique du chef de famille. Chez les Romains ce pouvoir comprenait la puissance sur les enfants, *patria potestas*, celle sur les esclaves, *potestas dominica*, et enfin celle sur la femme, la *manus*. Celle-ci trouva à Rome un milieu extrêmement favorable à son développement ; aussi la voyons-nous naître de fort bonne

heure et subsister longtemps après que les autres nations chez lesquelles elle existait n'en ont plus conservé que le souvenir.

Il ne faudrait pas croire, comme le dit Gaius, que la *manus* fût exclusivement propre au peuple romain. Elle fut connue de presque toutes les sociétés naissantes. Dans l'Inde, la femme était soumise à un pouvoir analogue à la *manus* ; en Grèce, on retrouve également ce même droit du mari sur la femme ; enfin les Germains avaient le *mundium*, institution qui, par son nom et ses effets, était à peu près semblable à la *manus* romaine.

6. — C'est cette *manus* que nous nous proposons d'étudier. Nous examinerons quel fut son caractère, à quels besoins elle répondait et quels effets elle entraînait. Puis nous suivrons l'évolution de cette institution, unie tout d'abord au mariage par un lien étroit et intime à tel point qu'elle ne se concevait pas sans lui ; puis s'en détachant progressivement et finissant par être complètement détournée de son but pour servir de procédé juridique destiné à tourner les rigueurs du vieux droit civil.

Notre travail sera divisé en deux parties : dans la première, nous étudierons la *manus matrimonii causâ*, dans la seconde la *manus fiduciaire*.



PREMIÈRE PARTIE

DE LA MANUS MATRIMONII CAUSA

CHAPITRE I

DE LA MANUS CONSIDÉRÉE COMME MODE DE FORMATION DU MARIAGE

7. — Des travaux remarquables, publiés au cours de ces dernières années¹, ont jeté, sur le sujet dont nous nous occupons une vive lumière et permettent de se rendre compte, sinon avec une certitude absolue, du moins avec la plus grande vraisemblance, de ce qu'était la *manus*.

« C'est dans la conception même du mariage qu'il faut chercher la raison d'être de la *manus*, » dit M. Esmein² au début de son intéressant article sur cette institution. Nous croyons, en effet, avec cet

1. En dehors des ouvrages généraux de droit romain, consulter : Esmein, *La Manus, la Paternité et le Divorce dans l'ancien droit romain* (Mélanges d'histoire du droit et de critique). — Labbé, *Du Mariage romain et de la Manus* (Nouvelle Revue historique, 1887). — Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, édition Esmein. — Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*. — Rivier, *Précis du Droit de famille romain*. — Roszbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*. — Karlowa, *Formen der römischen Ehe und Manus*. — Bernhöft, *Staat und Recht der römischen Königszeit*. — Voigt, *Die XII Tafeln*. — Schulin, *Lehrbuch der Geschichte der römischen Rechts*. — Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome*, traduction Bourcart. — Carle, *Le origine del diritto romano*. — Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*.

2. Esmein, mélanges, *De la Manus*, p. 4.

auteur, que les trois modes de *conventio in manum* n'étaient que les formes du mariage romain, formes qui n'ont pas pris naissance toutes trois en même temps, mais qui se sont développées dans un ordre que nous essaierons d'établir. Si les peuples du Latium, ancêtres des Romains, sont passés par cet état sauvage où le mariage était inconnu et où hommes et femmes s'unissaient au gré de leurs caprices et de leurs instincts ¹, ils sortirent vite de cette situation et, de bonne heure, le mariage fut pratiqué chez eux. Ils ne connurent pas, comme certains peuples, la polygamie et la polyandrie; ils n'admirent que la monogamie.

8. — Ce mariage primitif se formait-il par la seule volonté des contractants ou exigeait-il pour sa validité l'accomplissement de certaines formalités ?

Il ne nous paraît pas douteux que l'union de l'homme et de la femme dût être revêtue de formes, et ces formes étaient précisément la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*. Rien d'étonnant à cela, du reste : un peuple n'arrive pas, du premier coup, à des idées nettes et simples; ce n'est que par une lente évolution que les institutions parviennent à se dégager du formalisme qui les entourait tout d'abord. Toutes les nations, au début de leur histoire, ont une législation compliquée, symbolique; avec le temps, les idées juridiques se précisent, les institutions se perfectionnent. Les Romains surtout étaient symbolistes à l'excès : les actes les plus usuels, les opérations les

1. *Venerem incertam rapientes, more ferarum,
Viribus editior cœdebat, ut in grege taurus.*

Horace, Sat. I, III, 107.

plus fréquentes étaient entourés de formes nombreuses. Prétendre qu'à l'origine le mariage était chez eux dépourvu de formalités serait profondément méconnaître leur genre d'esprit et leur caractère. Au surplus, les mêmes phénomènes ont été constatés dans toutes les sociétés naissantes : les Hindous, par exemple, exigeaient, pour la perfection du mariage, des formes qui sont reproduites trait pour trait dans la *confarreatio* et la *coemptio* ¹.

Nous pourrions encore invoquer à l'appui de cette affirmation ce que nous révèlent les anciennes lois du Danemark : « D'après la loi du Jutland, la concubine
« devient épouse légitime lorsqu'elle est restée dans
« la maison pendant trois hivers, que, pendant ce
« temps, elle a partagé le lit du maître de la maison,
« bu et mangé avec lui et qu'elle a porté ses clefs.
« C'est ainsi que dans l'ancien droit romain la puissance du mari sur la femme (*manus*) s'acquerrait par
« une sorte d'usucapion d'un an. » (Gaius, I, 111 ².)

Enfin des cérémonies, analogues à la *confarreatio*, étaient en usage chez les Grecs ³, les Macédoniens ⁴ et les Étrusques ⁵, et partout elles étaient inhérentes au mariage, ne se concevaient pas sans lui. Cette même institution, dont nous trouvons la trace chez tous les peuples de race indo-européenne, porte bien à croire que ce que les Romains appelaient *manus confarreatione* n'était pas un ensemble de formalités

1. *Lois de Manou*, III, 27 à 30, 172; V, 152. Voir pour le mariage hindou et le mariage grec, Leist, *Jus gentium*, § 10 à 25.

2. Dareste, *Journal des savants*, février 1881.

3. Plutarque, *Solon*, 20.

4. Quinte-Curce, 8, 16.

5. Varron, *De re rustica*, II, 4.

indépendantes du mariage, mais bien son mode de célébration. Toute union qui n'était pas accompagnée de *conventio in manum* ne pouvait pas produire d'effets juridiques et notamment n'était pas susceptible de donner naissance à la *patria potestas* et à une filiation légitime. Dans ce système, ainsi qu'on l'a dit, « il n'y a mariage que là où il y a *manus*, comme « aussi il n'y a *manus* que là où il y a mariage ¹. »

9. — A l'appui de cette opinion on peut invoquer plusieurs textes. Citons tout d'abord un fragment du discours de P. Decius Mus, rapporté par Tite-Live (X, 8, 10 et suiv.): « *En unquam fando audistis* « *patricios primo esse factos, non de cælo demissos,* « *sed qui patrem ciere possunt, id est nihil ultra* « *quam ingenuos.* » Il ressort de ce passage de l'historien romain que le patricien est celui qui peut invoquer son père, nommer son père.

Ce qui le caractérise, c'est qu'il jouit d'une filiation légitime et une semblable filiation suppose nécessairement que le mariage d'où elle découle est lui-même légitime. Or les patriciens ne pouvaient contracter qu'un mariage accompagné de *confarreatio*, mode de *conventio in manum* ; par son caractère, par les solennités qu'il exigeait pour sa célébration, il était exclusivement réservé à cette caste. Si, à côté de cette union donnant naissance à des effets de paternité et de filiation reconnus par la loi, il y en avait eu une autre accessible aux plébéiens, si, en un mot, à côté du mariage avec *manus*, il y avait eu un mariage sans *manus* produisant les mêmes effets juridiques, les plébéiens issus d'une union de ce genre auraient pu,

1. Kuntze, *Excursus über römisches Recht*, 2^e édit., 1880, p. 581.

exactement comme les patriciens, *ciere patrem*, et alors la définition qui nous est rapportée par Tite-Live ne se serait plus trouvée exacte, puisque le signe servant à distinguer les patriciens aurait été commun aux deux ordres. Force est donc de reconnaître qu'à l'origine il n'y avait, aux yeux de la loi, qu'un seul mariage, celui avec *manus*, accessible uniquement aux patriciens.

10. — La formule de l'adrogation que nous fait connaître Aulu-Gelle vient encore fournir un nouvel argument en faveur de notre théorie : « *Velitis, « jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio « tam jure legeque filius sibi siet, quasi si ex eo patre « MATREQUE FAMILIAS EJUS natus esset* ¹. » L'adrogation a pour effet de donner à l'adrogeant la *patria potestas* sur l'adrogé ; le premier acquiert sur le second les mêmes droits que si l'adrogé lui était né d'un mariage légitime. C'est précisément cette idée que contient la formule rapportée par Aulu-Gelle, et cet auteur indique nettement quel est le mariage d'où découle la *patria potestas* ; c'est l'union du *paterfamilias* avec la *materfamilias*. Or, dans l'ancienne langue juridique romaine, *materfamilias* désigne la femme *in manu mariti* ; ce n'est pas une épouse quelconque, une *uxor*, mais une femme soumise à la *manus* du mari. La formule de l'adrogation nous prouve donc d'une façon péremptoire qu'il y a eu une époque, dans la législation romaine, où seul le mariage *cum manu* produisait la puissance paternelle et la légitimité des enfants ². Plus tard, quand l'union de l'homme et de

1. Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, V, 19, § 9.

2. Karlowa, *Formen der römische Ehe und Manus*, p. 71.

la femme n'aura plus besoin des solennités de la *confarreatio*, de la *coemptio* ou de l'*usus* pour donner naissance à des enfants légitimes, la formule se modifiera, on ne dira plus *materfamilias*, mais *uxor* : « *filium enim definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur.* » (L. 6, D. I. 6.)

Pour justifier le sens que nous donnons au mot *materfamilias*, il y a lieu de rapprocher du passage d'Aulu-Gelle ce fragment de Cicéron, qui, lui, est un jurisconsulte connaissant bien la portée des termes qu'il emploie : « *Genus est uxor; ejus duæ formæ : « una matrumfamilias, eæ sunt quæ in manum « convenerunt, altera eorum quæ tantummodo uxores habentur*¹. »

Ainsi l'épouse en puissance, celle tombée *in manum*, porte un nom spécial qui la distingue et indique le rôle qu'elle remplit dans la famille romaine comme source de la filiation légitime. Quant aux femmes qui ne sont pas *in manu mariti*, elles ne sont pas de véritables épouses, des mères de famille, *tantummodo uxores habentur*.

11. — A l'appui de cette thèse que primitivement le mariage était inséparable de la *manus*, on peut encore citer un autre texte d'Aulu-Gelle : « *Quintum « quoque Mucium jurisconsultum dicere solitum legi, « non esse usurpatam mulierem quæ calendis januariis apud virum, matrimonii causâ esse cœpisset, « et ante diem IV Kalendas Januarias sequentes usur-*

1. Cicéron, *Topiques*, ch. III. — Voir aussi Aulu-Gelle, XVIII, 6 : « *matrem autem familias appellatam esse eam solam quæ in manu mancipioque aut in ejus, in cujus maritus manu mancipioque esset.* »

« *patum isset* ¹. » Ainsi pour Quintus Mucius, la femme qui reste auprès d'un homme dans le but de lui faire acquérir la *manus* sur elle n'est pas *nupta* ; elle est seulement en voie de devenir épouse légitime. C'est l'*usus*, mode de *conventio in manum*, qui, lorsqu'il sera accompli, donnera naissance au mariage.

12. — Enfin, une note de Servius nous paraît absolument probante. Cet auteur, nous rapportant ce qui se passait dans l'ancienne Rome, dit que le mariage se célébrait de trois façons, *nuptiæ fiebant*, et ces trois modes de formation du mariage étaient précisément la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus* : « *tribus modis*
« *apud veteres nuptiæ fiebant : usu, si, verbi gratia,*
« *mulier anno uno cum viro, licet sine legibus, fuisset;*
« *farre, coemptione* ²... »

13. — On invoque, il est vrai, contre ce système, le paragraphe III du commentaire I^{er} de Gaius : « *usu*
« *in manum conveniebat quæ anno continuo nupta*
« *perseverabat.* » La femme tombait *in manum mariti* si elle restait *nupta* pendant une année ; c'est donc qu'elle était déjà *nupta* avant l'accomplissement de l'usucapion, et par conséquent le mariage découlait non pas de l'*usus*, mais d'un acte antérieur.

Cette objection est loin d'être embarrassante : en admettant que tel soit bien le sens de la phrase de Gaius ³, ce jurisconsulte ne ferait alors que constater ce qui existait de son temps ; à ce moment, en effet,

1. Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, III, 2.

2. Servius, *ad Virg. Georg.*, I, 31.

3. On peut, en effet, se demander si, en employant le mot *nupta*, Gaius a bien voulu parler d'une femme unie à son mari par de justes noces.

le mariage avec *manus* subsiste toujours, mais, à côté de lui et parallèlement, se développe le mariage sans *manus*. Il est donc exact de dire avec Gaius qu'une femme peut être *nupta* alors que l'*usus* n'est pas encore accompli.

14. — Ce n'est pas, du reste, la seule critique que l'on ait adressée à la théorie que nous défendons. On a d'abord contesté le sens que nous avons donné au mot *materfamilias* et on a cité plusieurs textes dans lesquels cette expression était employée pour désigner une femme qui n'était pas *in manu*¹. Mais il faut remarquer que ces textes sont dus, pour la plupart, à des écrivains du II^e et du III^e siècle de notre ère, et que, à cette époque, le mot *materfamilias* avait déjà un peu perdu de la signification spéciale et précise qu'il avait à l'origine, signification qui nous est attestée d'une façon bien formelle par Cicéron. En outre, Aulu-Gelle qui vivait, il est vrai, dans le second siècle de notre ère, ne fait pas un récit dans le style de l'époque, il transcrit une formule qui doit être fort ancienne puisqu'elle remonte au temps où l'adrogation avait encore lieu dans les curies, *per populum*, ce qui donne une autorité considérable au fragment que nous avons rapporté.

15. — Pour M. Accarias, la *manus*, même à l'origine, n'était pas inséparable du mariage. « L'*usus*, » dit-il, avec l'*usurpatio trinoctium* prouve qu'à côté « du mariage *cum manu* a toujours existé le mariage « libre². » Cette conclusion ne nous paraît pas

1. Labbé, *Du Mariage romain et de la Manus*, pp. 13 et suiv., *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1887.

2. Accarias, *Précis de Droit romain*, 4^e édition, t. I, n^o 120. Voir aussi Maynz, *Cours de Droit romain*, t. III, p. 141.

s'imposer ; elle suppose établi, en premier lieu, que l'*usus* a été employé de tout temps comme mode de *conventio in manum* ; or il y eut une époque où la *confarreatio* était seule connue ; en second lieu, qu'il fut toujours possible d'interrompre l'*usus* par une *trinoctium usurpatio* et si tel est, en effet, l'état de la législation à l'époque de la Loi des XII Tables, il n'est pas démontré qu'auparavant la femme pouvait, en employant la *trinoctium usurpatio* échapper à la *manus*. La Loi des XII Tables ne nous prouve qu'une chose, c'est que désormais la *manus* ne résulte plus forcément de la cohabitation prolongée pendant une année sans interruption. Le mariage libre fait son apparition, c'est la première atteinte portée au mariage *cum manu*.

16. — Tout récemment encore, M. Cuq a combattu, avec beaucoup de talent, l'opinion à laquelle nous nous sommes rangé. Il invoque certains arguments spéciaux auxquels nous essaierons de répondre au cours de ce travail et prétend, d'une façon générale, que le système adverse n'est qu'une pure hypothèse ne reposant sur aucun texte. Du reste, on est bien obligé de reconnaître que le mariage libre fut pratiqué de très bonne heure à Rome puisque la Loi des XII Tables le consacre implicitement. Enfin, comment concevoir qu'une législation tout à fait rudimentaire, très pauvre quant au nombre des actes juridiques, ait mis à la disposition des parties, des formes multiples pour la célébration du mariage¹.

Nous avons, par avance, répondu au premier argu-

1. Ed. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, 1891, 1^{er} fascicule, pp. 206 et suiv.

ment en citant plusieurs textes, à notre avis, très probants. Que le mariage libre ait pris naissance de bonne heure, sous l'influence de causes que nous tâcherons de déterminer, nous ne le contestons pas ; mais est-ce une preuve que le mariage *cum manu* ne fût pas, à l'origine, le seul connu des Romains ? Ces formes multiples pour la réalisation d'un même acte et qui, hâtons-nous de le dire, se ramènent à trois, n'ont rien qui doive nous surprendre, car elles n'ont pas toutes existé en même temps. Au début, nous n'en rencontrons qu'une, la *confarreatio* ; puis, peu à peu, on créa successivement les deux autres, la *coemptio* et l'*usus*, parce que la première n'était plus susceptible de répondre aux besoins nouveaux.

Nous persistons donc à croire que la *manus* était, à l'origine, inséparable du mariage.

17. — Comment expliquer l'origine de cette institution ? A quelle idée les Romains ont-ils obéi en créant la *manus* ? M. Esmein a trouvé une explication très ingénieuse : les Romains, dit-il, ont cru que, pour avoir la puissance sur les enfants, il fallait d'abord l'avoir sur la mère. Il était nécessaire d'être maître et seigneur de celle-ci pour avoir droit à son part. De là, chez les différents peuples, les divers modes d'appropriation de la femme, qui, à Rome, ont revêtu la forme de la *manus*¹.

Cette manière de voir ne nous semble pas très juste ; en effet, on part de cette idée que les Romains ont conçu la puissance du père de famille sur sa femme et sur ses enfants, exactement comme celle qu'il avait sur ses biens, qu'ils ont modelé l'une

1. Esmein, *op. cit.*, p. 8.

sur l'autre. Mais on ne s'appuie sur aucun argument, c'est une pure hypothèse et « rien ne démontre que « l'idée de la propriété ait précédé historiquement « celle de la puissance domestique et en soit le pro-
« totype ¹ ».

A notre avis, la *manus* trouvait sa raison d'être dans la religion et dans l'organisation même de la famille. Les Romains étaient un peuple essentiellement religieux; outre les divinités qu'ils adoraient, ils honoraient les morts d'une façon toute particulière, et chez eux c'était une croyance universellement répandue qu'une fois le *paterfamilias* décédé, il devenait le génie protecteur du foyer et continuait à assister ses parents survivants par sa présence qui, sans être visible, n'en était pas moins effective. Mais, pour obtenir cette protection, il fallait avoir soin de se rendre favorable cette divinité tutélaire, de lui faire des sacrifices fréquents. Il n'était pas possible que la femme restât étrangère à ces cérémonies du culte domestique; elle devait de toute nécessité y prendre part et être associée aux *sacra* du mari. Or, pour cela, il fallait être l'agnat du chef de famille. La *manus* fut très vraisemblablement le moyen dont on se servit pour atteindre ce but. La femme devenait ainsi *loco filix*, c'est-à-dire l'agnate du mari, et, en cette qualité, pouvait prendre part au culte des ancêtres.

La *manus* répondait, en outre, à un autre besoin : au début de l'histoire romaine, alors que l'État n'avait pas encore atteint son complet développement, la puissance du chef de famille était absolue; l'organi-

1. Von Ihering, *op. cit.*, t. II, I^{re} partie, titre II, p. 160.

sation de la famille ancienne ne ressemblait guère à celle de la famille moderne : tous les membres formaient une sorte d'association placée sous la domination du *paterfamilias*. C'était une espèce d'État dans l'État, toutes les difficultés, tous les dissentiments étaient aplanis par le *paterfamilias* qui remplissait une magistrature domestique. « Reconnaître « la *potestas* au chef de famille, c'est faire de la « maison romaine ce qu'elle doit être, le sanctuaire « inviolable de l'amour. La *potestas* donne au père « de famille le moyen juridique de réaliser cette « destination de la maison, d'écarter les discordes « venant de l'extérieur, d'étouffer dans leur germe « celles qui naîtraient à l'intérieur. Elle résume « cette double proposition : nul tiers n'aura le droit « d'intervenir dans nos affaires; les dissentiments « intérieurs de la famille ne pourront juridiquement « se débattre hors de la maison romaine ¹. »

Avec une telle organisation, on comprend facilement que la fille qui se mariait et qui, par là, changeait de famille, ne pouvait plus rester sous la puissance de son *paterfamilias*; autrement, on se serait trouvé en présence de deux autorités rivales qui auraient été à l'encontre l'une de l'autre et détruit l'harmonie de la famille. Pour que cette dernière fût véritablement forte et homogène, il était indispensable que la femme entrât dans sa nouvelle famille, y fût considérée comme agnate. Pour obtenir ce résultat, on eut recours à la *manus*, procédé qui remplissait merveilleusement les conditions voulues.

1. Von Ihering, *op. cit.*, t. II, 2^e partie, titre II, p. 192.

CHAPITRE II

DES MODES DE CONVENTIO IN MANUM

18. — Il y avait, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, trois modes d'acquisition de la *manus*, la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus* (Gaius, I, 110). Nous consacrerons une section à chacun d'eux.

Section I.

Confarreatio.

19. — La *confarreatio* consistait en une cérémonie religieuse. Les juriconsultes romains, aussi bien que les historiens, semblent n'avoir pas connu très exactement toutes les formalités de ce mode de *conventio in manum*. Tacite nous apprend que les détails en étaient fort compliqués ¹.

Les personnes qui voulaient s'unir *confarreatione* commençaient par offrir un sacrifice aux dieux, puis faisaient le tour de l'autel, précédés d'un enfant portant un gâteau composé de fleur de farine ². Ce *panis farreus* ³ était ensuite partagé entre les époux et

1. Tacite, *Annales*, IV, 16. — Rivier, *Précis du Droit de famille romain*, 1891, p. 168.

2. Plin., *Hist. Nat.*, XVIII, 3.

3. De là le nom de *confarreatio*.

mangé par eux, c'était le signe de leur union, l'affirmation de leur volonté de vivre en commun. La femme se trouvait ainsi admise à la communauté de l'eau et du feu. Puis des paroles solennelles devaient être prononcées ; *certa et solemnia verba*, nous disent les textes ¹. Aucun auteur ne nous les a transmises. Peut-être procédait-on par demandes et réponses, comme dans l'adrogation. Dix citoyens romains servaient de témoins ; ils représentaient les dix curies primitives ou, d'après Marquardt, les dix *gentes* de la curie ². En outre, le *pontifex maximus* et le *flamen dialis* intervenaient dans cette cérémonie et devaient unir les fiancés. Le grand pontife avait aussi la mission de résoudre toutes les questions relatives à la formation du mariage. La présence des prêtres dans la *confarreatio* s'expliquait également par ce motif qu'il s'agissait de détacher une femme du culte de sa *gens*, pour la rattacher à celui de la *gens* du mari. On procédait alors à une sorte de *sacrorum detestatio* comme dans l'adrogation ³.

20. — L'origine de cette institution est très obscure et il n'est pas facile de préciser la date de son apparition dans l'histoire romaine. Pothier la

1. Gaius, I, 112. — Ulpien, *Reg.* IX. — *Manuel des Antiquités romaines*, par Mommsen et Marquardt, *Le culte chez les Romains*, trad. Brissaut, t. I, pp. 364 et suiv.

2. Marquardt, VII, 36. Notons encore que le nombre 10 n'est pas simplement un minimum comme dans le cas d'un acte *per æs et libram*, mais un nombre fixe ; on veut qu'il n'y ait ni plus ni moins de dix témoins. Cette prescription avait sans doute sa raison d'être dans l'origine même de ces témoins. V. sur ce point Cuq, *op. cit.*, p. 217, note 2.

3. Servius, *in Aen.*, IV, 103.

fait remonter à Numa Pompilius : « *Antiquissimus*
« *ille confarreationis ritus, forsitan auctorem habet*
« *regem Numam Pompilium, quem multis ritibus*
« *religiosis ac cerimoniis populum romanum ins-*
« *truxisse norunt omnes* ¹. » C'est là une simple con-
jecture à l'appui de laquelle on ne peut invoquer
aucun argument sérieux.

M. Cuq, dans le savant ouvrage que nous avons
déjà eu occasion de citer, fixe l'époque de l'appari-
tion de la *confarreatio* à l'annexion de l'Esquilin au
Palatin ². Il se fonde sur cette circonstance qu'un
gâteau d'épeautre était, dans cette cérémonie, offert
à Jupiter. Or ce dieu n'apparut pour la première fois,
d'après lui, qu'au moment où l'Esquilin fut rattaché
au Palatin. On conjecture même que le traité qui
intervint à cette occasion fut placé sous la protec-
tion de Jupiter Stator, et que c'est de cette époque
que date la création du flamme de Jupiter ³.

Il nous semble impossible d'admettre que ce dieu
était inconnu avant l'époque indiquée par M. Cuq.
Les peuples qui habitaient le Latium faisaient déjà
des sacrifices à Jupiter, et l'histoire nous rapporte
qu'ils adoraient, sous le nom de Jupiter Indigète,
Enée disparu dans les flots du Numicius. Le fonda-
teur de la cité nouvelle, par la force même des choses,
dut, comme tous les conquérants, respecter les
dieux des populations indigènes et maintenir la reli-
gion existante. Aussi voyons-nous Romulus, après

1. Pothier, *Pandectæ Justinianæ*, I, titre VI, sect. II, articles
2, 10.

2. Cuq, *op. cit.*, pp. 214 et suiv.

3. Bouché-Leclercq, *Manuel*, p. 448.

avoir tué de sa main le roi Acron, consacrer ses dépouilles à Jupiter Feretrius. Enfin, pendant la guerre qu'il eut à soutenir contre les Sabins, il voua un temple à Jupiter Stator ¹.

Puis, si la conjecture de M. Cuq était exacte, on pourrait également supposer qu'auparavant les sacrifices de la *confarreatio* étaient adressés à d'autres divinités. En tout cas, cette opinion est certainement en contradiction avec un texte de Denys d'Halicarnasse, qui nous apprend que, sous Romulus, les unions étaient solides et durables et se célébraient au moyen de la *confarreatio* ².

21. — Ce qu'il y a d'incontestable, c'est qu'à l'origine, la *confarreatio* était le monopole des patriciens. Nous savons, en effet, que cette forme du mariage romain était essentiellement religieuse ; ce caractère est attesté d'une façon précise par Pline : « *in sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat* ³. » Or, les plébéiens se trouvaient, dans les premiers siècles de Rome, exclus du culte. La caste patricienne maintint énergiquement ses privilèges et surtout ceux en matière religieuse. N'est-il pas dès lors inadmissible de supposer que les patriciens aient permis aux plébéiens l'usage d'un mode de contracter mariage conférant aux enfants issus de cette union les plus hautes fonctions religieuses ? Puis, comment les plébéiens auraient-ils pu accomplir toutes les formalités de cette cérémonie ? La *confarreatio* est

1. Plutarque, *Romulus*, passim ; Duruy, *Histoire des Romains*, t. I, passim.

2. Denys d'Halicarnasse, *Hist. anc. de Rome*, II, 25.

3. Pline, *Hist. nat.*, livre XVIII, ch. 3.

célébrée, non pas dans un temple, dans un lieu ouvert à tous, mais devant les dieux lares, dans le sanctuaire de la famille. Le mari devait avoir, de toute nécessité, des *sacra privata*. Or, au début de l'histoire de Rome, les patriciens, descendants des Étrusques, peuple religieux par excellence, possédaient seuls des *sacra privata*.

22. — Pour remplir les fonctions de flamine de Jupiter, de Mars et de Quirinus ou celles de *rex sacrorum*, il fallait être issu *ex nuptiis farreatis* et avoir soi-même contracté mariage en cette forme. M. Accarias pense même qu'à l'origine, tous les sacerdoces étaient le monopole exclusif des personnes nées de semblables mariages, et il explique de cette façon comment les patriciens conservèrent aussi longtemps les fonctions religieuses ¹.

Ces *nuptiæ farreatæ* étaient exigées d'une manière expresse de la part du flamine de Jupiter. Aussi, Festus et Aulu-Gelle nous disent-ils que le flamine ne pouvait divorcer, et que, s'il devenait veuf, il perdait ses fonctions ².

23. — Cependant la *confarreatio* disparut peu à peu sous l'influence de diverses causes signalées par Tacite ³ : l'indifférence générale en matière religieuse, les complications de cette cérémonie et, enfin, les inconvénients nombreux qui en résultaient pour la femme ⁴. Aussi, sous le règne de Tibère, était-elle dif-

1. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 308.

2. Festus, v^o flamen. — Aulu-Gelle, *Noct. Attic.*, X, 15, § 22 et 23.

3. Tacite, *Annales*, IV, 16.

4. Cons. sur ce point : Cauvet, *Le Droit pontifical chez les anciens Romains*, pp. 23 et suiv. — Accarias, *op. cit.*, pp. 308 et suiv.

facile de trouver des personnes issues *ex nuptiis confarreatis*, parmi lesquelles on pût choisir un flamine de Jupiter. Pour éviter les inconvénients de la *confarreatio* et assurer le recrutement des flamines, une loi, d'après Tacite ¹, décida que, désormais, la femme du flamine de Jupiter ne passerait plus sous la puissance de son mari qu'en ce qui concernait le culte et que, pour tous les autres droits, elle resterait sous celle de son père, si elle était *alieni juris*, ou conserverait sa situation primitive si elle était *sui juris*.

24. — Il est naturel de supposer que le consentement de la femme était nécessaire pour contracter mariage *confarreatione*. Comment le donnait-elle ? Peut-être procédait-on ici comme en matière d'adrogation : la femme répondait à une interrogation qui lui était faite.

Si elle était *alieni juris*, son père devait, en outre, donner son consentement ². Était-elle *sui juris* ? on exigeait l'*autoritas* du tuteur ³.

Section II.

Coemptio.

25. — Le deuxième mode de *conventio in manum* cité par Gaius (I, 113) est la *coemptio*. C'est, nous dit-il, une *imaginaria venditio*. Les Romains, au lieu de créer un procédé nouveau pour établir la *manus*, ont

1. Tacite, *Annales*, IV, 16.

2. Paul, *Collat. Leg. mosaic.*, titre IV, ch. II, § 2

3. Cicéron, *Pro Flacco*, 34, 84.

employé, ainsi qu'ils l'ont fait dans beaucoup d'autres cas, un acte juridique déjà existant, la mancipation. Cette dernière s'accomplissait en présence de cinq témoins, tous citoyens romains et pubères ; ils représentaient les cinq classes du peuple et, en cas de contestation, assuraient la preuve de l'acte auquel ils participaient. Il y avait, en outre, un *libripens* également pubère et citoyen romain. L'acheteur tenait la personne ou la chose qu'on lui vendait et prononçait les paroles suivantes : « *Hunc ego hominem* (ou *hanc rem*), *ex jure Quiritium meum* (ou *meam*) *esse aio*, « *isque* (ou *eaque*) *mihi emptus est hoc ære æneaque libra*. »

La *coemptio* était une imitation de la mancipation, mais, au dire de Gaius (I, 123), la formule était modifiée lorsqu'il s'agissait de faire tomber la femme *in manum mariti*¹. Les parties, comme dans la mancipation, comparaissaient devant un *libripens* assisté de cinq témoins. Le futur touchait un plateau de la balance avec une pièce de cuivre, *raudusculum*, qu'il donnait ensuite au père ou au tuteur de la femme, en demandant à celle-ci son consentement².

26. — Beaucoup d'auteurs voient dans la *coemptio* la reproduction d'une coutume qui a été constatée chez un grand nombre de peuples primitifs : l'achat de la femme par le mari. Ce dernier acquérait sa femme moyennant un certain prix comme un esclave. Cette forme du mariage se retrouve chez les

1. M. Rivier, *op. cit.*, p. 170, note 1, conjecture que cette formule était ainsi conçue : « *Hanc ego ex jure Quiritium matremfamilias meam liberorum quærendorum causa esse aio, eaque mihi empta esto hoc ære æneaque libra*. »

2. Bouché-Leclercq, *Man. des Instit. romaines*, p. 380.

patriarches de la Genèse, les guerriers d'Homère, les anciens Germains et les Hindous ¹. Pour ces auteurs, et notamment pour MM. Rossbach et Voigt ², la femme, dans la mancipation romaine, n'aurait joué qu'un rôle purement passif ; elle aurait été considérée comme une *res* et, en conséquence, loin d'être partie contractante, elle n'aurait été que l'objet du contrat. On n'invoque guère à l'appui de cette théorie que l'exemple des peuples anciens ; on raisonne alors par analogie et, ajoute-t-on, dans les premiers siècles de Rome, le père avait le droit absolu de disposer de ses enfants : il pouvait les vendre, les donner *in mancipio*. N'est-il pas naturel de lui supposer aussi la faculté de donner sa fille à un époux moyennant un prix en retour ?

27. — Pour M. Muirhead ³, et quelques romnistes qui ont suivi son opinion, les deux époux s'achetaient réciproquement. Cette théorie repose sur plusieurs textes qui, de prime abord, paraissent absolument probants.

Isidore de Séville semble, en effet, trancher d'une façon formelle la question en faveur de l'opinion que nous exposons : « *Antiquus nuptiarum ritus erat quod se maritus et uxor invicem emebant* ⁴. »

Boèce, dans ses commentaires sur les *Topiques* de Cicéron, exprime aussi la même idée : « *coemptio certis solemnitatibus peragebatur et sese in*

1. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, pp. 22 et suiv.

2. Rossbach, *op. cit.*, 72. — Voigt, *die XII Tafeln*, II, 699.

3. Muirhead, *Introd. histor.*, p. 358.

4. Isidore de Séville, *Orig.*, livre V, 24, Bruns, p. 327.

« *coemendo interrogabant.... item mulier interroga-*
« *bat an vir sibi paterfamilias esse vellet, ille res-*
« *pondebat velle*¹. »

Enfin on invoque un texte de Nonius qui renferme de curieux détails sur le mariage romain : « *Nubens,*
« *veteri lege romana, asses tres ad maritum veniens*
« *solebat afferre; atque unum quem in manu tenebat,*
« *tanquam emendi causa, marito dare; alterum quem*
« *in pede habebat, in foco Larium familiarum*
« *ponere; tertium in sacciperio quem condiderat*
« *vicinali solere resonare*². »

La femme offre trois as, l'un aux dieux lares, l'autre aux divinités du quartier, et enfin le troisième au mari *tanquam emendi causa*. Il est évident, dit-on, que la femme, en remettant un as à son mari, procède à son achat.

28. — M. Muirhead, partant de cette idée que la *coemptio* constituait un achat réciproque des époux, a restitué ainsi le paragraphe 113 du commentaire I de Gaius : « *Coemptione vero in manum conveniunt*
« *per mancipationem, per quandam imaginariam*
« *venditionem; nam adhibitis non minus quam V*
« *testibus civibus Romanis puberibus, item libripende,*
« *ASSE EMIT VIR MULIEREM QUAM IN MANUM RECIPIT ET*
« *INVICEM EMIT eum mulier ejus.* » Ce fragment de Gaius n'a pu être lu que très difficilement et même certaines parties sont restées complètement illisibles par suite de l'état du manuscrit. Aussi les leçons sur ce point sont-elles très nombreuses ; M. Dubois n'en

1. Boèce, *In Cicer. Top.*, II, 3, § 14, Bruns, p. 320.

2. Nonius, *De propr. sermon.*, XII, 50.

signale pas moins de treize ¹. M. Muirhead n'admet aucune des leçons proposées et suppose que le copiste du manuscrit de Gaius, a omis le passage qui avait trait à l'achat du mari par la femme, et le restitue de la façon que nous avons indiquée plus haut.

29. — Nous repoussons ces deux théories et, avec la majorité des auteurs, nous pensons que la femme elle-même figurait dans la *coemptio* comme partie contractante ². Mais comment expliquer les textes si affirmatifs mis en avant par les auteurs dont nous combattons l'opinion ? Tout d'abord, ceux d'Isidore de Séville et de Boèce ne méritent pas une confiance absolue : en effet, ces deux auteurs ne sont ni l'un ni l'autre des jurisconsultes, ce sont des littérateurs et des philosophes ; il se peut très bien que, traitant d'une matière juridique, ils n'aient pas employé le mot propre, l'expression technique, et qu'ils aient ainsi défiguré l'acte qu'ils voulaient décrire. En outre, n'oublions pas que Boèce vivait vers l'an 470 de notre ère, et qu'Isidore de Séville mourut en 636 après Jésus-Christ. Ainsi que le remarque très spirituellement M. de Fresquet, « en comparant cette explication à celle que nous trouvons dans Gaius, il nous semble lire du droit à la façon des auteurs dramatiques du xvii^e siècle qui faisaient tou-

1. Dubois, *Inst. de Gaius*, I, 113, note 318. — Voir également ce texte dans les ouvrages de MM. Garsonnet, Girard, Pellat, Mispoulet, Huschke, Bruns, Krueger et Studemund.

2. Cuq, *op. cit.*, p. 221. — Beauchet, *Etude historique sur les formes du Mariage dans l'ancien Droit français*, p. 5. — Esmein, *op. cit.*, p. 5. — May, *Eléments de droit romain*, 1889, I, 120. — Kuntze, *op. cit.*, II, 586. — Karlowa, *Röm. Ehe*, p. 53.

« jours venir un notaire pour procéder au mariage
« final¹. »

29 bis. — Quant au texte de Nonius, il est facile de le réfuter. Tout d'abord, remarquons que ce jurisconsulte ne vise pas la *coemptio* d'une façon spéciale, il parle de cérémonies qui s'accomplissaient dans tous les mariages et, dans ces conditions, il est impossible de voir dans la remise d'un as au mari, la preuve que celui-ci était acheté par la femme. Quel était le but de l'offrande de ces pièces de monnaie ? Evidemment la femme, en donnant un as aux dieux lares et aux dieux du quartier, voulait se les rendre favorables et attirer leur protection sur l'union qu'elle contractait. S'il en est ainsi, ne faut-il pas supposer qu'en faisant à son mari le même présent, elle agissait dans le but de solliciter les bonnes grâces de son futur époux et de lui demander aussi aide et assistance.

29 ter. — Ces textes écartés, nous nous trouvons en présence d'autres émanant de véritables jurisconsultes et qui ne nous laissent aucun doute sur le rôle que jouait la femme dans la *coemptio*. Gaius nous dit, à différentes reprises, que la femme figure dans cet acte comme partie contractante « *quæ enim cum*
« *marito suo facit coemptionem*²... »

Cicéron, dans son *De Oratore*, n'est pas moins explicite que l'auteur des *Commentaires*³.

En outre, si la femme était considérée comme une

1. De Fresquet, *De la Manus en Droit romain* (*Revue historique*, 1856), p. 145.

2. Gaius, I, 114, 115, 162 et 195.

3. Cicéron, *De Orat.*, I, 56.

res, objet du contrat, son père ou son tuteur figure-rait comme partie contractante et non pas comme *auctor*, et cependant les textes nous disent que le père, lorsque la fille est *alieni juris*, ou le tuteur, lorsqu'elle est *sui juris*, intervient comme *auctor*¹.

On est donc obligé de reconnaître que c'est bien la femme elle-même qui contracte avec son mari. Ce résultat a paru choquant à M. Voigt². Il est impossible, dit-il, de se manciper soi-même. Ce raisonnement serait juste si la *coemptio* n'était que la reproduction fidèle et exacte de la mancipation, mais nous l'avons fait observer, la *coemptio* n'est pas la copie de la mancipation ; c'est, ainsi que l'a fort bien définie M. Cuq, une mancipation dénaturée³.

30. — Les effets de la mancipation ordinaire ont été résumés dans la formule suivante : l'individu placé *in mancipio* est *loco servi* sans être *servus*⁴ ; il subit, par l'effet de cet acte, un changement de condition. Ici rien de pareil ; la femme qui fait *coemptio* avec son mari ne tombe pas, même pour un instant, *in servilem causam*. Cela tenait précisément à la différence des paroles prononcées dans la mancipation ordinaire et dans la *coemptio*, différence que nous avons déjà eu occasion de signaler sans toutefois pouvoir la préciser.

31. — Quant au consentement des parties, nous n'avons rien de particulier à en dire ; il devait intervenir ici de même que dans tout contrat.

1. Paul, *Collat. Leg. mosaic.* IV, 2, 3. — Papinien, *cod. loc.*, IV, 7, 1. — Voir aussi Karlowa, *Röm. Ehe*, p. 53.

2. Voigt, II, 699.

3. Cuq, *op. cit.*, p. 207 et p. 221, note 2.

4. Accarias, *op. cit.*, t. I, pp. 309 et 313.

Les auteurs qui prétendent que la femme était considérée comme objet du contrat reconnaissent même que celle-ci devait néanmoins donner son consentement dans un acte qui avait pour elle des conséquences aussi importantes relativement à sa personne et à ses biens.

Si la femme était *alieni juris*, son père devait fournir son *auctoritas* ; si elle était *sui juris*, il lui fallait l'autorisation de son tuteur ¹.

Section III.

Usus.

32. — La *manus* s'acquerrait enfin par un troisième mode, l'*usus*, que Gaius nous définit ainsi (I, 111) : « *usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat; nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat.* » La lecture de ce texte, le nom même de ce mode de *conventio in manum* laissent apercevoir immédiatement la relation étroite qui unit l'*usus* à une théorie beaucoup plus générale, celle de l'acquisition de la propriété par l'usucapion.

33. — Les juriconsultes romains avaient admis, et cela de très bonne heure, que la propriété pouvait s'acquérir par une possession remplissant certaines conditions et prolongée pendant un temps déterminé. Sous l'influence de causes que nous

1. Cicéron, *Pro Flacco*, 34.

essaierons de préciser, ils ont décidé que le mari pourrait acquérir la *manus* sur sa femme, si les personnes, désirant se prendre pour époux, avaient vécu ensemble pendant une année.

L'usucapion ne transférait la propriété que si la possession reposait sur une *justa causa* et s'était prolongée pendant un certain temps. La *justa causa* est un fait juridique, antérieur à la tradition, qui dénote chez les parties la double intention d'aliéner et d'acquérir. C'est ce fait qui motive et explique la tradition. Quant au délai nécessaire pour usucaper, il variait suivant qu'il s'agissait d'un meuble ou d'un immeuble ; il était d'une année dans le premier cas et de deux dans le second. Celui qui était en voie d'usucaper devait en outre posséder la chose qu'il détenait *animo et corpore*, c'est-à-dire qu'il lui fallait toujours avoir cette chose à sa disposition et manifester le désir de se comporter en maître à son égard.

34. — Mais les conditions requises à l'époque classique pour acquérir la propriété par l'usucapion étaient-elles également exigées pour l'*usus* à l'origine ? Il est permis d'en douter. Rappelons-nous, en effet, que ce n'est qu'à la longue, par suite des efforts des jurisconsultes et des progrès de la législation romaine, que l'on est arrivé à préciser le caractère et les conditions de la possession ; il est très probable qu'au début il suffisait d'une simple jouissance telle quelle, pourvu qu'elle fût exercée *animo domini*. N'oublions pas non plus que l'*usus* n'est pas la reproduction exacte et fidèle de l'usucapion, mais une simple imitation de cette institution.

La *justa causa* consistait, en notre matière, dans

la double intention de l'homme et de la femme de se prendre réciproquement pour époux. Pour que la *manus* fût acquise au mari, il ne suffisait pas d'une simple tradition de la femme à celui-ci, la cohabitation, simple fait dépourvu de toute valeur juridique, ne se transformait en mariage légitime que si telle était la volonté des parties. Toutefois, cette intention n'était pas suffisante à elle seule; de même que les objets mobiliers ne devenaient la propriété de celui qui les possédait, que s'il les avait eus à sa disposition pendant une année, de même la femme ne tombait sous la *manus* du mari, que si elle avait vécu avec lui durant une année entière.

35. — Cependant la femme avait un moyen d'échapper à cette conséquence, moyen précisément emprunté à la théorie de l'usucapion; elle pouvait quitter le toit conjugal et en rester absente trois nuits consécutives (Gaius, I, 111); de cette façon, elle interrompait l'*usus* et ne tombait pas sous la *manus* du mari. D'après Aulu-Gelle, pour que ce résultat fût atteint, les trois nuits devaient être consécutives et entières ¹.

36. — M. Beauchet ² prétend que, par l'*usus*, la femme n'était pas usucapée, ainsi qu'on le soutient généralement, mais que la cohabitation prolongée pendant une année constituait une possession d'état destinée à remplacer l'acte de célébration. Ce délai d'un an servait à couvrir l'absence d'autres solennités et à prouver le caractère sérieux et durable de l'union contractée. Aussi, conséquent avec lui-même,

1. Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, III, 2.

2. Beauchet, *op. cit.*, pp. 5 et suiv.

cet auteur décide-t-il que le *trinoctium* n'était pas une interruption de l'usucapion, mais simplement une protestation contre la présomption que la cohabitation ayant duré une année entière tenait lieu de *confarreatio* ou de *coemptio* et donnait au mariage un caractère légal.

Cette idée très ingénieuse ne nous semble pas d'accord avec les détails que nous possédons sur l'*usus*. Sans doute, nous reconnaissons, avec M. Beauchet, que la femme n'était pas usucapée, puisqu'elle n'était pas susceptible d'une véritable possession. Mais nous sommes convaincu que le délai d'un an, pendant lequel durait la cohabitation, constituait une usucapion et que c'était précisément la puissance sur la femme que le mari acquérait par l'écoulement de ce laps de temps. Nulle part, dans aucun texte, nous ne trouvons exposée l'idée émise par l'auteur dont nous combattons la manière de voir; tous les documents que nous possédons nous montrent l'affinité étroite existant entre l'*usus* et l'usucapion. Si l'une n'est pas la reproduction exacte de l'autre, elle en contient, tout au moins, les dispositions principales et en est visiblement inspirée. Pourquoi faire du *trinoctium* une sorte de protestation contre une présomption légale, alors que tous les jurisconsultes, par les termes qu'ils emploient, nous laissent voir qu'il s'agit bien là, en réalité, d'une véritable interruption de la prescription? Qu'il nous suffise, à cet égard, de rappeler les derniers mots du paragraphe III de Gaius : « *Atque eo modo ejusque anni interromperet.* »

37. — Supposons la femme sous la puissance de

son père. Celui-ci avait-il le droit, en reprenant sa fille, d'empêcher l'*usus* de s'accomplir? Tant que l'année n'était pas expirée, la *manus* n'existait pas encore et, par conséquent, le père conservait intacte sa puissance sur sa fille; en vertu de cette *potestas*, il pouvait l'obliger à quitter, pendant trois nuits, le domicile conjugal, et la possession du mari se trouvant interrompue ne pouvait plus, dès lors, produire aucun effet. Dans ces conditions, on voit combien était peu stable une semblable union : très souvent la femme, lorsqu'elle se mariait, était encore *filia-familias*; le père restait ainsi maître de briser ce mariage à son gré et cette interruption était susceptible d'être renouvelée indéfiniment. Bien plus, la fille elle-même pouvait, si elle avait à se plaindre de son mari, s'adresser à son père qui possédait ainsi un moyen facile de faire cesser une union mal assortie, et cela contre la volonté du mari ¹.

Une fois l'année de cohabitation achevée sans interruption, le père n'avait plus le droit d'imposer à sa fille la *trinocitii usurpatio*.

38. Examinons maintenant une hypothèse plus délicate : la fille est *sui juris* et soumise à la tutelle légitime de ses agnats. Ceux-ci pouvaient-ils, comme le *paterfamilias*, interrompre l'usucapion? Les tuteurs, n'ayant aucun droit sur la personne de la femme, n'avaient pas à leur disposition un moyen pour contraindre cette dernière à quitter le domicile conjugal. La *manus* se trouvait-elle donc acquise de plein droit au mari, après l'expiration de l'année? C'est ce qu'a soutenu Troplong dans sa préface du

1. Esmein, *op. cit.*, p. 53.

contrat de mariage. Un motif bien simple s'opposait toutefois à ce résultat : la femme, d'après la législation romaine, ne pouvait en aucune façon, sans l'assentiment de ses tuteurs, porter atteinte aux droits résultant pour eux de la tutelle légitime à laquelle elle était soumise. Cicéron nous l'atteste dans un texte célèbre : « *In manum, inquit, convenerat. Nunc audio, « sed quæro usu an coemptione ? Usu non potuit. « Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium « tutorum auctoritate deminui*¹. » L'acquisition de la *manus* entraînait la disparition complète de la tutelle et il est bien évident qu'un résultat aussi préjudiciable aux intérêts pécuniaires des tuteurs ne pouvait se produire sans leur consentement. Or, il se trouvait précisément que leur *auctoritas* n'était pas susceptible d'intervenir en notre matière, car elle ne s'appliquait qu'à un acte formel, positif ; il y avait des paroles qui devaient être prononcées *in ipso actu*, et l'on n'aurait pas compris l'*auctoritas* des tuteurs validant les résultats d'un fait négatif, d'une simple inaction prolongée pendant un certain temps². Comme conclusion, nous devons reconnaître que l'*usus* était impossible pour les femmes *sui juris*³.

1. Cicéron, *Pro Flacco*, XXXIV, 84. Dans une lettre à Atticus, le même auteur s'exprime ainsi : « *Id mirabamur te ignorare, de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usu capi posse.* » *Ad Atticum*, I, 5, 6. — V. Voigt, *die XII Tafeln*, II, p. 237.

2. Accarias, *op. cit.*, p. 280, note 1.

3. Pothier professait cependant l'opinion contraire : « *Denique usu in manum mariti convenit ; enim vero mulier quæ sine legitimis coemptionis aut confarreationis ritibus nupserat, modo ejus nuptiis patris consensus (si filiafamilias erat) aut tutorum (si sui juris erat) auctoritas intervenisset, usu a viro suo usucapiebatur et in manum ejus conveniebat.* » *Pandectæ Justinianæ*, I, 1, titre VI, sect. II

39. — Ajoutons, pour en terminer avec l'*usus*, que la possession du mari pouvait être viciée et ne pas produire ainsi ses effets habituels. Par exemple, usait-il de violence pour retenir sa femme et l'empêcher d'employer l'*usurpatio trinoctium*, sa possession était entachée du vice de violence, et ne lui permettait pas d'acquérir la *manus* sur sa femme.

De même, pour être efficace, l'absence de la femme devait être motivée par le désir de produire l'interruption de l'*usus*.

Section IV.

Ordre d'apparition des trois modes de CONVENTIO

IN MANUM.

40. — Après avoir établi par quels moyens la femme tombait *in manum mariti*, il nous reste à déterminer dans quel ordre ont pris naissance ces trois modes de *conventio in manum*, et ce n'est certes pas la partie la moins délicate de notre tâche.

Nous pensons que la *confarreatio* dut faire son apparition la première. Son caractère symbolique, les cérémonies religieuses qui la composaient, sa nature aristocratique dénotent une origine fort reculée. « Le « mariage sacré, dit M. Fustel de Coulanges, nous « paraît être le plus ancien, car il correspond aux « plus anciennes croyances ¹. » Aussi loin que nous remontions dans l'histoire de Rome, nous voyons pratiquer ce mode de *conventio in manum*.

1. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre II, chap. II.

Nous avons admis qu'il était exclusivement réservé aux patriciens. Quant aux plébéiens, il n'existait pas pour eux de *justæ nuptiæ*. « Ils avaient entre eux des « alliances formées par l'échange des consentements, « sans doute accompagnées de pratiques sociales « coutumières et qu'ils regardaient comme des « mariages..., mais aux yeux de la loi, il est vrai, « elles ne produisaient ni *manus* ni *potestas*¹. »

41. — La *coemptio* et l'*usus* sont probablement deux modes nouveaux introduits pour leur permettre d'acquérir la puissance sur leur femme, et d'établir entre eux et leurs enfants des liens de paternité et de filiation légitimes. Lorsque les plébéiens sortirent de leur condition primitive et obtinrent peu à peu la jouissance des droits civils, il était logique de leur accorder la faculté de contracter des *justæ nuptiæ*. En effet, la plèbe devenait de plus en plus nombreuse, les unions libres se multipliaient, le nombre des enfants qui, aux yeux de la loi, avaient une mère et point de père augmentait de jour en jour. Il s'agissait donc de créer un moyen qui procurât la *manus* aux plébéiens et donnât la légitimité aux unions qu'ils contractaient. Évidemment, il ne pouvait être question de leur concéder l'emploi de la *confarreatio*, étant donné l'état des mœurs romaines. En premier lieu, ce mode supposait des *sacra privata* puisque la cérémonie avait lieu devant les autels du foyer, en présence des dieux lares, et les plébéiens n'en avaient pas. En second lieu, les patriciens ne pouvaient se marier sans prendre les auspices, et nous savons que le droit de les consulter était réservé aux patriciens.

1. Muirhead, *op. cit.*, p. 44.

Enfin cette caste était en possession de toutes les fonctions politiques et religieuses; elle se montrait tout particulièrement jalouse de ses prérogatives en matière religieuse, et ses efforts tendaient à exclure les plébéiens de tout ce qui touchait à la religion. La *confarreatio* procurait des privilèges considérables à ce point de vue : c'était parmi les enfants issus *ex nuptiis confarreatis* que se recrutaient les plus hauts dignitaires du culte. Dès lors, n'aurait-il pas été profondément illogique et maladroit, de la part des patriciens, de concéder à la plèbe des avantages auxquels ils attachaient un tel prix? L'histoire romaine nous montre que les plébéiens sont arrivés beaucoup plus tôt à l'égalité civile qu'à l'égalité religieuse : en l'an 260 de Rome, ils acquièrent le Tribunat; en 387, le Consulat; puis, en 416, ils parviennent à la Censure, au Sénat et, bientôt après, à la Préture et à l'Édilité Majeure, tandis que ce n'est qu'en l'année 453 qu'ils commencent à avoir accès à certaines fonctions religieuses, et la dignité de Grand Pontife fut conférée, pour la première fois, à un plébéien, Tiberius Coruncanus, en l'an 500 seulement.

La *confarreatio* n'étant pas susceptible d'être employée par les plébéiens, on créa à leur usage la *coemptio* et l'*usus*.

42. — Mais ces modes institués pour eux leur étaient-ils propres? Les patriciens ne pouvaient-ils y avoir recours? Certains auteurs, notamment M. Ortolan¹, soutiennent que la *coemptio* était exclusivement réservée aux plébéiens, mais ils n'apportent

1. Ortolan, t. I, p. 569.

pas de preuve à l'appui de leur opinion, et aucun texte ne signale cette restriction. Sans doute, au début, ce mode devait être surtout employé par les plébéiens puisqu'ils n'avaient pas le choix. Plus tard, lorsque la foi fut moins vive, lorsque les privilèges sacerdotaux des patriciens furent battus en brèche, pourquoi ceux-ci n'auraient-ils pas pu se servir d'un mode plus rapide, moins formaliste et produisant les mêmes conséquences? Du reste, la *coemptio* n'est qu'une sorte de *mancipatio*; or la *mancipatio* a toujours été permise aux patriciens, et, de tout temps, pratiquée par eux.

43. — Ce point élucidé, reste à déterminer l'ordre d'apparition de la *coemptio* et de l'*usus*. Des auteurs soutiennent que l'*usus* a précédé la *coemptio* et invoquent à l'appui de leur opinion le caractère de brutalité que présente ce mode de *conventio in manum*, brutalité qui dénote une nation tout à fait à ses origines. En outre, chez la plupart des peuples primitifs, on rencontre une institution analogue; nous en avons déjà trouvé des traces dans les anciennes lois du Danemark. C'est la preuve, dit-on, que nous sommes bien en présence d'une institution absolument primitive. Quant à la *coemptio*, elle aurait pris naissance postérieurement, et aurait été créée uniquement pour parer aux inconvénients de l'*usus*. On conçoit, en effet, que l'union de l'homme et de la femme ne se transformant en mariage légitime qu'après l'expiration d'une année, il s'écoulait un temps assez long, pendant lequel la situation de ces personnes était vague et indéterminée. La *coemptio* s'accomplissait en quelques instants seulement et évitait

cette année d'incertitude. C'est précisément cet avantage qui l'a fait introduire¹.

44. Malgré la valeur de l'argument historique que l'on invoque dans le système que nous venons d'exposer, nous préférons nous ranger à l'opinion de ceux qui prétendent que l'*usus* est venu en dernier lieu pour régulariser la situation des personnes qui n'avaient employé en s'unissant ni la *confarreatio* ni la *coemptio*. En créant l'*usus*, le législateur a probablement eu en vue la diminution du nombre des unions dépourvues de caractère juridique et des enfants n'ayant que leur filiation maternelle. Il a voulu que l'union de l'homme et de la femme, non précédée des modes ordinaires de *conventio in manum*, produisit cependant les mêmes effets si elle avait persévéré pendant une année sans protestation de la part des conjoints.

En outre, l'*usus* est, ainsi que nous l'avons montré, une imitation de l'usucapion ; or, cette dernière avait pour but originaire de valider après coup les aliénations qui n'étaient pas régulières, quoique émanant du véritable propriétaire ; par exemple, elle faisait acquérir la propriété d'une *res Mancipi* qui avait été livrée à l'acquéreur par simple tradition. L'*usus*, mode dérivé de l'usucapion, partant du même principe et soumis, en général, aux mêmes règles, fut vraisemblablement introduit aussi dans le but de remédier aux irrégularités de la *confarreatio* et de la *coemptio* et, par conséquent, dut leur être postérieure.

Enfin l'ordre chronologique que nous adoptons cadre parfaitement avec la marche ordinaire et le

1. Bernhöft, *Staat und Recht der römischen Königszeit*, 1882, pp. 187 et suiv.

développement des institutions : un peuple ne possède pas, au début, des actes juridiques simples, dépouillés de formalités ; plus il se rapproche de ses origines, plus il aime à entourer de solennités les actes qu'il accomplit. Peu à peu, ces formalités le gênent, il s'en débarrasse, laisse de côté tout ce qui n'est pas essentiel et arrive enfin, par un lent travail d'évolution, à une conception simple et dégagée de tout formalisme. La *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*, faisant leur apparition dans l'ordre que nous avons indiqué, ne sont-ils pas les diverses étapes parcourues par le mariage ? Dès que le chaos cesse, dès qu'une réglementation apparaît dans la société romaine, la *confarreatio* commence à être en usage, c'est le mode symbolique et compliqué par excellence. Puis un premier progrès est réalisé ; sous l'influence de besoins nouveaux, d'idées plus larges, prend naissance la *coemptio*. Le travail de transformation continue, et l'on admet qu'en l'absence de tout acte, de toute cérémonie, il y aura *justæ nuptiæ* si les époux restent unis pendant un an avec la volonté de réaliser un mariage légitime. La dernière étape sera franchie quand, faisant un pas de plus dans la voie du progrès, les Romains décideront que le consentement suffit pour donner naissance à des *justæ nuptiæ*. Ils arriveront ainsi à la véritable notion juridique du mariage ¹.

45. — Un auteur anglais a émis un système qui

1. Voir en faveur de ce système : Esmein, *Mélanges*, pp. 9 et suiv. ; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 375 ; Maynz, *Cours de Droit romain*, t. III, p. 140 ; Korlowa, *Formen der römischen Ehe und Manus*, pp. 59 et suiv.

est complètement en contradiction avec celui que nous adoptons. M. Mac Lennan croit, en effet, que la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus* sont le résultat d'apports distincts faits à la législation par les divers tribus dont la réunion composa le peuple romain. Chaque tribu, en entrant dans Rome et en s'introduisant dans la cité, aurait apporté avec elle son mode de contracter mariage. Ces apports distincts et successifs nous expliqueraient la coexistence des modes d'acquérir la *manus*. Voici quel serait alors, d'après M. Mac Lennan, l'ordre chronologique : 1° *usus*; 2° *coemptio*; 3° *confarreatio*. L'*usus* aurait été d'abord et pendant longtemps employé par la classe populaire, et ce n'est qu'assez tard qu'il aurait été en usage chez les patriciens. Cette dernière idée est également admise par M. Carle, d'après lequel il n'y avait pas, à l'origine, de droit proprement dit pour les plébéiens; il n'y avait que l'habitude, l'*usus*. « C'est l'*usus* qui transforme l'union irrégulière de l'homme et de la femme en *justæ nuptiæ*, de même qu'il permet d'avoir la propriété de choses dont on ne pouvait avoir que la possession à l'origine¹. »

Ce système n'est nullement justifié; il ne trouve sa confirmation dans aucun texte. On ne peut tirer argument en sa faveur de l'énumération faite par Gaius au paragraphe 110 du *Commentaire* 1.

Rien ne prouve que c'est intentionnellement qu'il a mis en première ligne l'*usus*, et que son but a

1. Carle, *Le origine del diritto romano*, pp. 182 et 183. — Voir l'exposé du système de M. Mac Lennan dans son *Primitive marriage*, 2^e édit., 1876, pp. 7 et suiv.

été de déterminer l'ordre d'apparition des modes de *conventio in manum*. Aussi persistons-nous à donner la préférence à l'ordre chronologique que nous avons primitivement adopté ¹.

46. — Est-il possible de déterminer avec une certaine précision les dates auxquelles ces différents modes de *conventio in manum* commencèrent à être employés à Rome? Nous avons déjà cité un texte de Denys d'Halicarnasse qui place la *confarreatio* sous le règne de Romulus ². C'était, sans doute, une institution appartenant aux peuples du Latium et qu'adoptèrent immédiatement les habitants de la cité nouvelle.

47. Quant à la *coemptio*, un auteur allemand, M. Lange, la fait remonter au règne de Tarquin, qui vécut de 615 à 578 avant Jésus-Christ ³. Pour ce romainiste, la *coemptio* se rapproche beaucoup d'une autre institution, l'adrogation, qui était déjà en vigueur sous Tarquin l'Ancien, et il en conclut que la *coemptio*, espèce d'*adrogatio*, devait exister à la même époque.

Nous pensons, au contraire, que la *coemptio* ne dût prendre naissance qu'un peu plus tard, sous le règne de Servius Tullius (578 à 534 av. J.-C.). Nous avons admis qu'en créant la *coemptio*, les Romains avaient eu un but bien déterminé : permettre aux plébéiens d'acquérir la *manus*, de contracter des *justæ nuptiæ*. Si cette hypothèse est exacte, on n'a dû songer à atteindre ce but qu'au moment seulement où il était

1. Compar. Rivier, *op. cit.*, p. 172, note 1.

2. Denys d'Halicarnasse, *Hist. anc. de Rome*, II, 25.

3. Lange, *Römische Alterthümer*, t. I, § 32, p. 134.

réalisable, c'est-à-dire à partir du jour où les plébéiens eurent droit de cité et purent invoquer le *jus civile*. Or, sous les premiers rois et jusqu'à l'avènement de Servius Tullius, « l'État est exclusivement patricien : les patriciens ne constituent pas, à vrai dire, « une aristocratie dans la cité, ils sont la cité elle-même, le peuple romain ¹. » Les plébéiens n'étaient pas considérés comme des citoyens : on les excluait de toutes les fonctions politiques et religieuses, on leur refusait la jouissance des droits civils. Pouvaient-ils, dès lors, songer à leur conférer un mode de contracter des *justæ nuptiæ*, à eux qui n'avaient pas même le *connubium* ? Mais les plébéiens aspiraient à entrer dans la cité, et le moment vint bientôt où le chef de l'État trouva son intérêt à leur en ouvrir les portes. Ce fut sous Servius Tullius qu'ils obtinrent le *jus civitatis* et la concession de droits civils importants, notamment du *connubium* entre eux. On peut donc conjecturer sans témérité que ce fut à l'époque où un revirement s'opéra en leur faveur que l'on créa, à leur intention, la *coemptio*.

48. — M. Cuq soutient que ce mode de *conventio in manum* ne fut pratiqué que beaucoup plus tard, après le iv^e siècle de Rome, et voici son raisonnement : la *coemptio* est une application de la mancipation ; c'est une mancipation dénaturée. Or, de quelle époque date cet emploi arbitraire de la mancipation ? On sait que la Loi des XII Tables contenait une disposition aux termes de laquelle le père qui vendait trois fois son fils était déchu de la puissance paternelle : « *Si pater filium ter venumduit, filius a patre*

1. Bouché-Leclercq, *op. cit.*, p. 43.

« *liber esto* (Tab. IV). » Toutes les fois que le père voulait, pour un motif quelconque, faire cesser les droits qu'il avait sur son fils, il procédait à une vente fictive de celui-ci. Comme la loi n'exigeait trois mancipations que s'il s'agissait d'un fils, les jurisconsultes interprétèrent le texte à la lettre et décidèrent qu'une seule mancipation suffirait lorsqu'un père voudrait briser la puissance qu'il exerçait sur sa fille. On se servit de cette disposition ainsi interprétée pour permettre au père de rompre la puissance qu'il avait sur sa fille et de la transférer au mari au moyen de la *coemptio*. Cette institution n'est donc qu'une application de la Loi des XII Tables, et on en conclut qu'elle lui est nécessairement postérieure, c'est-à-dire qu'elle ne remonte pas au delà de l'année 450 avant Jésus-Christ (303 de la fondation de Rome ¹).

48 bis. — Cet argument serait sans réplique si l'on établissait tout d'abord que cette faculté pour le père d'abandonner la *patria potestas* sur sa fille ou sur son fils, après une ou trois ventes fictives, avait été introduite par la Loi des XII Tables et qu'aucune disposition législative ou coutume donnant ce droit au père n'existait auparavant. Mais cette preuve n'est pas faite et semble difficile, sinon impossible à fournir. Qu'est-ce, en effet, que l'œuvre des décemvirs ? Est-ce une loi faisant table rase de toutes les coutumes et institutions préexistantes et introduisant un droit absolument nouveau ? Certainement non ; en ordonnant la rédaction de cette loi, les Romains ont eu surtout en vue la codification du droit coutumier ; ils

1. Cuq, *op. cit.*, p. 207.

ont voulu avoir, réunies en un seul monument, toutes les dispositions éparses. Les décemvirs, dit Pomponius, furent chargés de *civitatem fundere legibus*¹. Si tel est bien le caractère de l'œuvre des décemvirs, il est certain que les dispositions qu'ils ont écrites ne sont que la codification de solutions admises précédemment, et rien ne s'oppose à ce que nous considérions la *coemptio* comme antérieure à la Loi des XII Tables.

49. Quant à l'*usus*, nous savons qu'il est postérieur à l'usucapion, mais aucun document ne nous indique, d'une façon précise, la date de son apparition dans la législation romaine.

1. L. 2, § 4, D. I, 2.

CHAPITRE III

SÉPARATION DU MARIAGE ET DE LA MANUS

50. — Nous avons essayé d'établir que les Romains n'avaient connu, à l'origine, que le mariage accompagné de *manus*. Mais cet état de choses ne dura pas toujours, et l'on admit que la *manus* ne serait plus inséparable du mariage. Alors s'introduisit une nouvelle sorte d'union que les commentateurs du droit romain désignent sous le nom de mariage libre, union dans laquelle la femme n'était pas soumise à la *manus* du mari. Ce que l'on peut affirmer avec certitude, c'est qu'elle existait déjà à l'époque de la Loi des XII Tablès. Gaius nous rapporte, en effet, que, d'après cette loi, la femme pouvait interrompre l'*usus* et empêcher la *manus* de s'accomplir ¹. Cette décision implique que le mariage libre était déjà pratiqué à Rome, autrement le législateur n'aurait pas, en permettant d'interrompre l'*usus*, favorisé des unions dépourvues de tout caractère légal.

51. — Reste à déterminer sous l'influence de quelles causes ce mariage libre a pris naissance. Un grand nombre d'hypothèses ont été mises en avant : nous choisirons celle qui nous paraît le mieux d'accord avec l'esprit, les mœurs des Romains, et les quelques documents qui viennent jeter un peu de lumière sur ce point.

1. Gaius, I, 111 ; Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, III, 2.

52. — Certains auteurs voient, dans cette évolution, un progrès de l'esprit juridique : la législation se perfectionne, les notions juridiques se précisent sous l'influence de l'incessant travail des jurisconsultes, et l'on arrive ainsi à séparer la *manus* du mariage et à empêcher la personnalité de la femme d'être absorbée par celle du mari¹.

53. — Pour d'autres, et leur opinion nous semble plus exacte, le mariage sans *manus* serait une véritable décadence, une sorte de relâchement dans la forte organisation de la famille².

54. — Cette manière de voir est contestée par M. Labbé³. « Le mariage libre sans *manus*, dit-il, n'a « point été une décadence, une dégénérescence de « la pureté primitive. Il s'est dégagé d'une façon « naturelle d'une conception juridique qui n'assi- « gnait pas à la mère de famille une place nécessaire « et une fonction spéciale... Le mariage sans *manus* « était aussi conforme à la conception vraiment « romaine du mariage et de la famille. La *manus* a « dû, de très bonne heure, se séparer du mariage. « Elle s'en est détachée sans grand effort, sans déca- « dence. »

Quelle est donc, d'après le savant auteur que nous venons ne citer, la conception vraiment romaine du mariage et de la famille ? Pour lui, ce qui domine dans la constitution de la famille romaine, c'est

1. Labbé, article précité, *Nouv. rev. historique*, 1887.

2. Bernhöft, *op. cit.*, pp. 179 et suiv. Comp. Voigt, *die XII Tafeln*, II, p. 703.

3. Voir l'article de la *Nouvelle Revue historique* de 1887 déjà indiqué.

moins le mariage légitime de la mère que la volonté du père de composer à son gré sa famille, d'accepter comme enfant légitime ou de rejeter le fruit de son union. En un mot, pour que l'enfant soit *filiusfamilias*, il ne suffit pas qu'il soit issu *ex justis nuptiis*, il faut que son père l'ait admis à faire partie de la famille. *Ne cui invito heres suus agnascatur*, tel était le principe romain.

A l'appui de son opinion, M. Labbé cite un grand nombre de textes littéraires ou juridiques. La réfutation détaillée de chacun d'eux sortirait du cadre de ce travail. Disons seulement que ce système nous semble attribuer une place beaucoup trop large à l'influence du père et méconnaître le rôle de la mère dans la famille primitive. Nous avons, dans notre premier chapitre, établi la nécessité, en ce qui concerne la mère, de faire partie de la famille civile de son mari pour donner naissance à des enfants légitimes, nécessité qui était imposée par des considérations religieuses, comme aussi par le besoin d'assurer le maintien de l'unité et la cohésion de la famille. Concevoir la famille romaine comme le fait M. Labbé, c'est oublier le respect et la considération dont était entourée la femme *in manu*, c'est ne tenir aucun compte du beau titre de *materfamilias* qui lui était donnée.

Mais cette famille dont tous les membres étaient groupés par des liens si puissants sous la domination d'un seul maître, se désagrège peu à peu ; cette association forte, unie, dont le *paterfamilias* était le grand prêtre en même temps que le juge et qui n'avait pas peu contribué à la puissance et à la grandeur de

Rome, marche graduellement à sa décadence. Sous l'influence du temps et des mœurs, le père de famille perd chaque jour de son autorité ; et, remarquons-le, ce n'est pas seulement la *manus* qui est battue en brèche, c'est aussi la *patria potestas* et la *potestas dominica*. La *manus* devenant une gêne pour les femmes, on crée une forme de mariage dans lequel l'épouse conservera son indépendance et ne sera plus considérée comme la fille de son mari.

55. — M. Gide a émis, sur ce point, une autre hypothèse : pour contracter un mariage *cum manu*, la femme devait, si elle était *sui juris*, obtenir le consentement de son tuteur. Or celui-ci était sans doute peu disposé à autoriser un mariage qui le dépouillait de ses droits successoraux sur les biens de la femme. En consentant au mariage de sa pupille, il privait la *gens* à laquelle il appartenait de tous ses biens qui allaient passer dans le patrimoine du mari. Ce tuteur, toute idée de lucre mise à part, devait, dans ces conditions, s'opposer au mariage, car la famille avait un rôle politique à jouer ; il fallait à tout prix maintenir la puissance et la grandeur de la *gens* ; le seul moyen était de refuser son consentement à l'union projetée. La femme *sui juris* se trouvait donc placée dans l'impossibilité de contracter mariage ; mais cette différence entre la condition des femmes *sui juris* et celle des *alieni juris* était trop choquante et ne pouvait durer. On créa de bonne heure le mariage libre qui levait toute difficulté à cet égard ¹.

1. Gide, *op. cit.*, pp. 126 et 127. V. également Von Ihering qui cite encore un cas d'impossibilité pour la femme de contracter un mariage *cum manu*, celui où le père de la femme était fou ou prisonnier de l'ennemi (t. II, p. 185).

Cette hypothèse, quoique très ingénieuse, ne nous paraît pas acceptable ; cet intérêt des tuteurs, très légitime, du reste, n'était pas de nature à mettre obstacle au mariage de leur pupille. D'abord, au début de la société romaine, il est probable que la propriété collective fut seule pratiquée : les terres et les troupeaux appartenaient en commun aux membres de la *gens*, et les femmes ne possédant rien en propre, les tuteurs n'avaient aucun motif de refuser leur consentement. Sans doute, ce régime dura fort peu de temps, et les Romains connurent de bonne heure la propriété individuelle ; c'est alors que devait se produire l'inconvénient signalé par M. Gide. Mais la législation romaine offrait un moyen de concilier ces deux intérêts opposés : la femme *sui juris* pouvait d'abord transférer ses biens à sa famille agnatique et se marier ensuite sans porter atteinte, de ce chef, aux droits de ses agnats. Des procédés analogues étaient, du reste, d'un emploi assez fréquent à Rome : si nous remontons à l'époque où le prêteur n'avait pas encore créé la *restitutio in integrum* dans le cas d'une *capitis deminutio*, nous voyons que l'adrogé devait, avant de faire approuver l'adrogation par les pontifes, payer toutes ses dettes, afin de ne pas frustrer ses créanciers. De même, l'héritier, avant de céder *in jure* l'hérédité, devait recouvrer les sommes dues par les débiteurs héréditaires.

Au surplus, aucun auteur latin ne fait mention de la triste situation dans laquelle se seraient trouvées les femmes *sui juris*. Si le refus des tuteurs de donner leur *auctoritas* avait été aussi systématique et aussi difficile à vaincre qu'on semble le croire, il est

bien certain que nous trouverions la trace de ce fait dans les écrits des jurisconsultes, des historiens ou des poètes.

56. — Quoi qu'il en soit, le mariage libre une fois créé, il semble que les unions accompagnées de *conventio in manum* aient dû, à cause de leurs inconvénients, disparaître très rapidement. Cependant il n'en fut rien et longtemps encore, jusqu'aux dernières années de la République, le mariage *cum manu* fut le plus fréquemment employé. Comment expliquer ce phénomène ? D'abord, lorsqu'une institution est entrée dans les mœurs, lorsqu'elle a été en usage pendant plusieurs siècles, elle ne disparaît pas brusquement malgré les inconvénients qu'elle peut présenter. En second lieu, il est bien certain qu'au début, le mariage libre ne procurait pas aux époux la même considération que le mariage *cum manu* qui était encore le type, l'idéal du mariage romain. Enfin, et c'est là, croyons-nous, la véritable cause de la persistance de ce genre d'union, le mariage accompagné de *manus* produisait, au point de vue du divorce, des effets tout différents du mariage libre.

57. — A l'origine, le caractère sacré du mariage excluait toute idée de divorce, et l'impossibilité dans laquelle se trouvait le flamme de Jupiter de rompre de cette façon l'union qu'il avait contractée est, peut-être, un reflet de cette législation primitive ¹. Mais, de bonne heure, le mariage même contracté *confarreatione* put être rompu au moyen d'un *repudium* envoyé par le mari. Lui seul jouissait de ce droit, et

1. Voir, en faveur de cette opinion, Apulée, *Métamorphoses*, liv. VI, t. I, pp. 426 et suiv.

l'histoire romaine nous montre que les premières unions, dissoutes autrement que par la mort de l'un des époux, prirent toujours fin par la volonté du mari. Il nous suffit de citer comme preuve les exemples bien connus de Carvilius Ruga, de Sulpicius Gallus et de P. Sempronius ¹. La Loi des XII Tables ne parle aussi que de la répudiation de la femme par le mari : « *Illam suas res sibi habere jussit, ex duodecim* » « *tabulis, claves ademit, exegit* ². » Enfin, Plaute met dans la bouche de l'un de ses personnages un monologue qui ne laisse aucun doute sur ce point : « Par Castor, dit Syra, les femmes vivent sous une » « loi bien dure et bien injuste, les misérables, si on » « les compare aux hommes. Le mari prend-il une » « maîtresse à l'insu de sa femme et celle-ci l'apprend- » « elle, il est impuni. Si la femme, à l'insu de son » « mari, sort seulement de la maison, c'est pour le » « mari un grief suffisant : elle est répudiée. Plût au » « ciel que la loi fût la même pour le mari et pour la » « femme ! Une femme vertueuse se contente d'un » « seul homme, pourquoi un mari ne se contenterait- » « il pas d'une seule femme ? Les femmes sont ren- » « voyées lorsqu'elles ont commis quelque faute ; eh » « bien ! je le dis en vérité, si les maris étaient trai- » « tés de même lorsqu'ils prennent une maîtresse à » « l'insu de leur femme, on verrait plus d'hommes » « privés de leurs femmes qu'on ne voit aujourd'hui » « de femmes privées de leurs maris ³. »

1. Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, IV, 3, 2 ; XVII, 21, 24. — Plutarque, *Quest. rom.*, 11.

2. Cicéron, *Philip*, 11, 28, 69.

3. Plaute, *Mercator*, acte IV, scène 5, v. 3 et suiv.

Ainsi, au cas de mariage avec *manus*, le mari seul avait le pouvoir de briser le lien conjugal ; ni la femme, ni son père ne jouissaient de la même faculté¹. Au contraire, le mariage libre était loin de présenter la même stabilité, il était exposé à de nombreuses chances de rupture. Si la femme était *sui juris*, elle pouvait divorcer à son gré : elle n'avait qu'à quitter le domicile conjugal, *divertebat*, nous disent les textes. Si elle était *filiafamilias*, son père, qui avait conservé la puissance sur elle, avait le droit, du moins jusque sous Antonin le Pieux, de la reprendre et de rompre ainsi le lien conjugal. Et, chose curieuse, le père pouvait faire cesser la vie commune, non seulement lorsque sa fille le désirait par suite des mauvais rapports qui existaient entre les époux, mais même lorsque l'union qu'elle avait contractée était très heureuse et qu'elle n'avait aucune envie de quitter son mari. C'est à une situation de ce genre qu'il est fait allusion dans les vers suivants :

« *Injuria abs te adficio indigna, pater ;*
« *Nam si improbum Chresphontem existimaveris,*
« *Cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus*
« *Cur talem invitam invitum linquere cogis² ?* »

En outre, le mari répudiait sa femme selon son bon plaisir, sans même avoir besoin de prendre l'avis du conseil de parents³.

1. Remarquons cependant que la femme trouvait une garantie et une protection dans le conseil de famille qui devait toujours être consulté lorsque le mari voulait répudier sa femme.

2. Cicéron, *Ad Heren*, II, 24, 38.

3. Juvénal, *Sat.* VI, v. 145.

58. — Ainsi, pendant longtemps, le mariage *cum manu* présentait, sur le mariage libre, une grande supériorité : il était moins exposé à être dissous ; par là, il offrait un caractère plus auguste, plus sacré, et faisait rejaillir sur les époux une considération plus grande. On s'explique alors facilement la persistance du mariage *cum manu* après la création du mariage libre.

59. — Cependant, dès la fin de la République, le mariage accompagné de *manus* commença à décliner, et sa décadence avait des causes nombreuses : d'abord, à ce moment, les divorces devinrent très fréquents. Les écrits des littérateurs et des jurisconsultes en font foi. Nous en sommes arrivés à une époque où la qualification d'*univiria*, que l'on trouve inscrite sur le tombeau de quelques Romaines, n'est plus un titre de gloire. C'est le temps où, au dire de Sénèque, les femmes ne comptent plus les années par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris ¹. Comme le dit fort bien M. Esmein, « la *manus mariti* était condamnée « à disparaître rapidement le jour où la liberté du « divorce, s'imposant comme un principe, on recon- « nut le droit de divorcer à la femme *in manu*. Dès « lors, la *manus* ne produisait plus que des effets « pécuniaires plus gênants encore qu'ils n'étaient « utiles ². » En outre, la *manus* était jusqu'alors une arme puissante entre les mains du mari, pour résister

1. Sénèque, *De Benef.*, III, 16. Voir aussi Juvénal, *Sat.* xi, v. 229.

2. Esmein, *Mélanges*, p. 30.

à l'autorité du père de la femme. Les constitutions impériales enlevèrent au père le droit de réclamer sa fille, et de rompre un mariage contre la volonté du mari; bien plus, on donna à celui-ci l'interdit *de uxore exhibenda et ducenda*, pour réclamer sa femme et la contraindre à réintégrer le domicile conjugal. La *manus* perdait donc encore son utilité à ce point de vue.

60. — Elle n'en avait également plus aucune relativement aux droits de succession entre mari et femme, et entre la femme et ses enfants, puisque le mariage libre procurait les mêmes avantages, grâce aux *bonorum possessiones unde vir et uxor* et *unde cognati*, grâce aussi aux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.

61. — Enfin, les derniers coups lui furent portés par la diminution graduelle de la puissance du père de famille, la tendance qu'avaient, de jour en jour, les femmes à s'émanciper et à s'affranchir de toute tutelle, et, enfin, par l'abandon des anciennes croyances, du culte des *sacra* et l'avènement de la religion chrétienne¹.

62. — De tous les modes de *conventio in manum*, l'*usus*, quoique ayant fait son apparition le dernier, disparut cependant le premier. Au temps de Gaius, il n'est déjà plus qu'un souvenir historique : « *Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.* » (Gaius, I, 111.) Pourquoi sa carrière fut-elle si courte? Quelles causes amenèrent sa disparition? M. Esmein pense que, la

1. Troplong, *Influence du Christianisme*, II, 10.

science juridique se développant, il y eut un changement dans la conception de l'usucapion¹.

A l'origine, on n'exigeait pour l'acquisition, par l'usucapion, qu'une simple jouissance *animo domini*. Plus tard, par suite des idées nouvelles sur la possession, on décida que l'usucapion ne s'appliquerait qu'aux choses susceptibles d'une possession véritable; or, ni la femme, ni la *manus* ne rentrant dans cette catégorie, on fut amené à reconnaître que l'*usus* était désormais incapable de faire tomber la femme *in manum mariti*. C'est là, nous devons le reconnaître, une pure conjecture, mais rien ne vient la contredire.

Quant aux lois qui, au dire de Gaius, abrogèrent l'*usus*, l'histoire ne nous en a laissé aucune trace; nous ne savons ni leurs noms, ni leurs dates².

La *coemptio* survécut peu de temps à l'*usus*. On l'employa encore comme une sorte de régime matrimonial qui investissait le mari d'un pouvoir absolu. Ainsi réduite, elle eut quelques cas d'application, puis disparut complètement³.

La loi Canuleia, en permettant les mariages entre patriciens et plébéiens, donna déjà un coup sensible à la *confarreatio*. Ces cérémonies compliquées, symboliques, furent peu à peu abandonnées, à mesure que

1. Esmein, *op. cit.*, p. 33.

2. Pour M. Rivier (*op. cit.*, p. 172, note 1), « la prompte disparition de l'*usus* ne peut guère s'expliquer que par un acte législatif : la force d'inertie suffisait à le maintenir. »

3. Elle existait encore au temps de Gaius (C. I, 113) et la *Laudatio funebris* de Turia la mentionne comme étant encore en vigueur à cette époque (I, 9). — Girard, *Textes de Droit romain*, p. 701.

la croyance dans les dieux du paganisme disparaissait devant l'indifférence et le scepticisme général. Cependant ce fut encore ce mode de *conventio in manum* qui subsista le dernier, puisqu'une inscription, postérieure à Commode et antérieure à Constantin, nous parle d'un *sacerdos confarreationum et diffareationum*¹. Cette persistance tenait à l'obligation de recruter les flamines de Mars, de Jupiter et de Quirinus, ainsi que le roi des sacrifices, parmi les personnes issues *ex nuptiis confarreatis*. Mais, pour faciliter le recrutement de ces prêtres, nous avons vu qu'une loi rendue sous Tibère avait modifié considérablement les effets de la *manus*. Peut-être encore ce mode de contracter mariage fut-il longtemps employé par certaines familles patriciennes, qui, fières de leur nom et de leurs ancêtres, s'étaient toujours abstenues d'alliances avec les plébéiens et, par esprit de caste, avaient continué à se servir d'un mode qui était jadis l'apanage des patriciens.

1. Orelli, *Inscript. latin.* n° 2648; sur sa date voir Karlowa, *Formen der römische Ehe*, p. 26.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE LA MANUS

63. — La *manus* produisait des effets tant à l'égard de la personne qu'à l'égard des biens. Nous les examinerons successivement dans deux sections différentes.

Section I.

Effets de la manus sur la personne de la femme.

64. — L'effet principal de la *manus*, celui dont découlent tous les autres, c'est la modification apportée à l'état, au *status* de la femme. Cette dernière quitte la famille de son père; les liens d'agnation qui la rattachent à sa famille d'origine sont brisés; au point de vue du droit civil, elle perd tout droit vis-à-vis de ses agnats. Par contre, elle entre dans la famille de son mari à titre d'agnate, acquiert tous les droits qui découlent de cette qualité; elle est considérée comme la fille de son mari et la sœur de ses enfants. Seuls les liens de cognation qui l'unissent à sa famille d'origine et les droits qui en résultent subsistent intégralement, car la loi n'a pas le pouvoir de briser les rapports de parenté naturelle. Tous ces effets de la *manus* ont été admirablement résumés par Gaius dans une formule qu'il ne faut jamais

perdre de vue lorsqu'on examine les conséquences de cette institution : « *In familiam viri transibat, « filiaque locum obtinebat.* » (Gaius, I, 111.)

65. — En tombant *in manum*, la femme subit, dans tous les cas, une *minima capitis deminutio*. Cela résulte de la définition et de la nature même de la *capitis deminutio*. Cependant M. de Savigny¹ et, à sa suite, quelques auteurs ont prétendu, en se fondant sur un texte de Paul, que la *manus* entraînait une *capitis deminutio*, seulement au cas où il y avait une diminution effective de capacité. Ainsi la femme tombant *in manum* ne serait *capite minuta* que si, auparavant, elle était *sui juris*. Sans vouloir entrer dans le détail de cette contraverse qui n'offre qu'un intérêt théorique assez peu considérable, nous opposerons à l'opinion du savant jurisconsulte allemand les textes relatifs à cette matière qui sont tous conçus en termes généraux, et ne font allusion nulle part à la distinction proposée. Nous citerons notamment, en faveur de la solution que nous formulons : Gaius (I, 162), Ulpien (XI, 13) et Paul (L. 11, D. IV, 5).

66. — Nous avons indiqué, à grands traits, les effets principaux de la *manus*; reste maintenant à entrer dans les détails. Le père de la femme cesse de posséder tous les droits qu'il avait sur cette dernière, et qui découlaient de la *patria potestas*. Ainsi il ne peut plus envoyer le *repudium* au mari de sa fille et reprendre celle-ci quand bon lui semble. Malgré la *conventio in manum*, le père conserve cependant un droit, celui de tuer sa fille lorsqu'il la surprend en

1. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. II, app. VI.

flagrant délit d'adultère dans sa maison, ou dans celle de son gendre¹.

67. — La femme est considérée comme la fille de son mari, et ce dernier a sur elle tous les droits d'un *paterfamilias*². Les textes sont formels sur ce point³. Du reste, les mots *manus* et *potestas* sont souvent employés comme synonymes⁴.

68. — Cette solution admise par la grande majorité des auteurs a été combattue avec beaucoup de talent par M. Gide⁵. Le savant professeur de la Faculté de Paris pense que la *manus* différerait de la *patria potestas*, non pas seulement dans quelques détails, mais dans son essence même. La puissance soit sur un fils, soit sur un esclave, avait pour objet la personne même de cet enfant ou de cet esclave, tandis que la *manus* ne conférait aucun droit sur la femme, elle ne s'exerçait que sur ses biens et produisait des effets analogues à ceux d'une tutelle.

Pour soutenir la théorie adverse, continue M. Gide, on invoque le témoignage de Gaius, d'après lequel la femme *in manu* est *loco filiae mariti*, et, interprétant littéralement cette formule, on prétend qu'elle est, vis-à-vis de son mari, dans la même situation qu'une fille à l'égard de son père. C'est là un point de départ inexact, une traduction abusive, et il est

1. *Collat. Leg. mosaic.*, titre IV, chap. II, § 2.

2. Von Ihering, *op. cit.*, t. II, pp. 183 et suiv.

3. Gaius, C. I, 111, 114, 115 bis, 118, 136 ; C. II, 139 ; C. III, 3. — Ulpien, XXII, 14. — *Collat. Leg. mosaic.*, titre XVI, 2.

4. Servius, *Ad Aen.*, IV, V, 103 ; Ulpien, L. 4, D. I, 1 ; Tite-Live, XXIV, 27.

5. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, pp. 118 et suiv.

aisé de s'en convaincre : un grand nombre de textes nous disent aussi que l'enfant *in mancipio* est *loco servi*, le *bonorum possessor loco heredis*. S'ensuit-il que l'enfant soit assimilé à l'esclave, le *bonorum possessor* à l'héritier ? Personne ne le soutient.

Gaius lui-même nous montre le contre-sens que l'on fait en assimilant la femme *in manu* à la fille en puissance : « *Non solum autem proprietas, per eos quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio.... Per eas vero per-sonas quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt : an autem possessio adquiratur quæri solet quia ipsas non possidemus.* » (Gaius II, 89 et 90.) Ainsi le fils ou l'esclave peut acquérir la possession à son père ou à son maître. La raison en est que la *potestas* porte sur la personne de l'esclave ou du fils ; tout ce qu'ils détiennent *corpore*, c'est comme si le *paterfamilias* le détenait lui-même. Quant à la femme *in manu*, elle ne peut pas faire acquérir la possession à celui qui a la *manus* sur elle ; cela tient précisément à ce que la *manus* ne procure aucun droit sur la personne.

En outre, la puissance paternelle ou dominicale implique le droit de vendre celui qui y est soumis ou de l'abandonner, en réparation du préjudice causé à la personne qui a subi de sa part un dommage. Or ces traits caractéristiques de la puissance sur la personne font justement défaut dans l'institution que nous étudions.

« Ainsi, conclut M. Gide, la *manus* ne modifie

« point les rapports personnels des deux époux, mais
« seulement leurs intérêts pécuniaires. Si j'osais
« employer ici le langage du droit moderne, je dirais
« que c'est une espèce de régime nuptial, et que ce
« régime se rapproche de ce que nous appelons
« aujourd'hui une communauté universelle. C'est au
« point de vue des rapports pécuniaires, que la
« femme *in manu* est, à la lettre, *loco filiae* ¹. »

69. — Avant d'examiner chacun des arguments mis en avant par M. Gide, nous adresserons un reproche général à son système : il étudie la *manus*, non pas dans son ensemble, mais seulement « dans la deuxième forme qu'elle a revêtue ». Si sa manière de voir est exacte, du moins ne l'est-elle que pour un temps très court, alors que la *manus*, arrivée à son déclin, a déjà subi des transformations nombreuses. Or, c'est méconnaître une institution que d'en rendre compte à une époque où elle a été détournée de son caractère primitif et ne répond plus aux besoins pour lesquels elle avait été créée.

Quant aux arguments spéciaux que l'on a fait valoir à l'appui de la solution que nous combattons, ils ne nous paraissent nullement probants. D'abord la traduction que donne M. Gide de l'expression *loco filiae*, nous semble manquer d'exactitude. Ces mots désignent toujours un lien unissant la femme à la per-

1. En ce sens : Hase, *De manu*, § 3 et passim. — Contra : de Fresquet, *Eléments de Droit romain*, I, p. 131. — Ginoulhiac, *Hist. du régime dotal*, p. 59. — Maynz, *op. cit.*, I, 11. — Van Wetter, *Cours de Droit romain*, p. 162. — Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 280. — Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 31, n° 3.

sonne qui joue le rôle de *pater*; ils impliquent l'idée d'une puissance sur la personne. Sans doute, la femme *in manu* n'est pas réellement la fille de son mari, la sœur de ses enfants, de même que l'individu *in mancipio* n'est pas *servus* quoique étant *loco servi*; mais elle est assimilée à une fille véritable par rapport aux droits qu'a sur elle celui qui est investi de la *manus*. Du reste, l'adoption et l'adrogation font naître au profit de l'adoptant et de l'adrogeant des droits sur la personne de l'adopté ou de l'adrogé et, pour exprimer ces droits sur la personne, les textes se servent également de l'expression *loco filix*. Ces mêmes mots ne peuvent certainement pas avoir la signification que M. Gide leur donne lorsqu'ils sont employés pour indiquer les effets de la *manus*, institution qui offre les plus grandes ressemblances avec l'adrogation.

En second lieu, on insiste tout particulièrement sur ce fait que la femme *in manu*, à la différence du fils de famille ou de l'esclave, peut bien nous faire acquérir la propriété, mais non la possession, et cela parce que nous ne la possédons pas. On tire du paragraphe 90, C. II de Gaius, deux arguments : nous acquérons la propriété par les personnes que nous avons *in manu* ou *in mancipio* SICUT PER EOS QUI IN POTESTATE NOSTRA SUNT. La femme *in manu*, conclut-on, n'est donc pas *in potestate*. Mais Gaius met sur la même ligne la femme *in manu* et le fils *in mancipio*, et cependant il est certain que l'individu placé *in mancipio* se trouvait bien *in potestate*. Ce que l'auteur des *Commentaires* a voulu dire, c'est que la *manus* et le *mancipium* constituaient une puissance particulière, différant de la *potestas* ordinaire.

Le deuxième argument, qui paraît avoir une force beaucoup plus considérable, est tiré de la dernière partie du texte. M. Gide, soutient « que la *manus*, « n'atteignant que le patrimoine de la femme et ne « donnant aucun pouvoir sur sa personne, ne peut « faire acquérir que ce qui entre dans son patrimoine « et non pas ce qui est seulement possédé par « elle ». Cette conclusion ne nous semble pas résulter forcément du texte. Gaius n'est pas aussi affirmatif qu'on semble le croire : *quæri solet*, dit-il; il rapporte une controverse, et ce n'est pas une solution, au sujet de laquelle on n'était pas d'accord, qui peut servir de base à un système. Au surplus, Gaius en assimilant la femme *in manu* aux personnes *in mancipio* tranche lui-même la difficulté.

On prétend enfin que l'impossibilité, pour le mari, de vendre la femme qu'il avait *in manu*, montre bien qu'il ne possédait aucun droit sur la personne de celle-ci; mais cette assertion est-elle exacte? Nous ne le pensons pas et nous croyons qu'à l'origine, le mari pouvait vendre sa femme aussi bien que son fils ou son esclave. Cette idée cadre parfaitement avec ce que nous savons sur l'étendue des pouvoirs du *paterfamilias*. Il est hors de doute que, dans les premiers siècles de Rome, le père pouvait vendre son fils comme un objet quelconque de son patrimoine. Pourquoi n'en aurait-il pas été de même de la femme *in manu* qui est *loco filiae*? Gaius est très explicite à cet égard : « *omnes personæ*, dit-il, *si in potestate* « *parentis sunt, mancipari possunt quo etiam servi;* « *idem juris est in earum personis quæ in manu*

« *sunt.* » (Gaius, I, 112.) Il est vrai que le plus souvent, et c'est encore le même jurisconsulte qui nous l'indique, la vente était purement fictive. Mais, au début, les choses se passaient autrement et la vente était réelle. Même au temps de Gaius, cette vente n'était pas toujours fictive, ainsi que le prouve le mot *plerumque* mis en tête de la phrase.

69 bis. — On peut encore, à l'encontre de la théorie de M. Gide, faire valoir différentes considérations qui sont loin d'être dépourvues de valeur. Nous avons admis, avec la majorité des auteurs, que la *confarreatio* fut la première forme que revêtit le mariage romain. Dans ces conditions, est-il possible de soutenir que la *manus* produisait uniquement des effets sur les biens, se réduisait à une sorte de régime matrimonial ? Cette cérémonie dans laquelle intervenait la religion, qui était accompagnée de rites nombreux et sacrés, nous semble avoir eu un autre but que le règlement des rapports pécuniaires des futurs conjoints. Elle devait, à n'en pas douter, viser les rapports moraux et les droits sur la personne. La famille romaine, telle que nous la connaissons, se serait, du reste, fort mal accommodée de cette autorité que le *paterfamilias* serait venu exercer au sein du foyer domestique et qui aurait battu en brèche l'autorité du chef de la famille dans laquelle était entrée la femme.

La femme *in manu* appartient à la catégorie des individus *alieno juri subjecti*. Or, être *alieno juri subjectus* n'est-ce pas être soumis au pouvoir de quelqu'un ? L'expression *jus*, d'après son étymologie, indique une idée de commandement, de puissance

sur la personne¹. Remarquons aussi un fait très significatif : Gaius, nous énumérant les personnes *alieni juris*, cite celles qui sont *in potestate*, *in manu* et *in mancipio*. Or, les individus soumis à la *potestas* et au *mancipium* sont assujettis à des droits sur la personne. Il doit en être de même de la femme *in manu* qui est rangée dans la même catégorie.

Puis le mot *manus* n'est-il pas une expression énergique impliquant par elle-même l'idée de puissance sur la personne ?

Enfin, et c'est la dernière considération que nous mettrons en avant pour trancher cette longue controverse, Gaius nous apprend que l'injure adressée à la femme ne donne ouverture à une action au profit du mari, que si la femme est *in manu* : « *Pati autem injuriam videmur... per uxores nostras cum in manu nostra sint.* » (Gaius III, 221.) Dire que l'injure faite à la femme n'atteint le mari que dans le cas où il possède la *manus*, c'est reconnaître qu'au cas de *conventio in manum*, les rapports des époux sont plus étroits, que la femme est davantage dans la dépendance du mari. Il est vrai que les partisans du système adverse lisent le texte de Gaius d'une façon différente, et essayent d'en détruire ainsi toute la portée. Adoptant la leçon de M. Lachmann, au lieu de *cum manu nostra sint*, ils lisent *quamvis in manu non sint*. Mais la dernière révision du manuscrit de Gaius, faite par M. Studemund, ne laisse plus aucun

1. Hase (*op. cit.*, pp. 18 et suiv.) a nié ce sens du mot *jus*. Il prétend que l'expression *alieno juri subiectus* est synonyme d'être incapable de rien posséder en propre. C'est prendre l'effet pour la cause et méconnaître le sens étymologique du mot *jus* dont le radical (*jubere, jussum*) indique nettement le sens.

doute sur le sens du passage de Gaius que nous invoquons.

70. — Concluons donc que la *manus* conférait au mari des droits sur la personne même de la femme, droits analogues à ceux du *paterfamilias* sur ses enfants. Reste maintenant à étudier les applications de ce principe; nous le ferons aussi brièvement que possible.

71. — En premier lieu, nous décidons que le mari avait droit de vie et de mort sur sa femme¹. Ce point ne saurait être mis en doute en présence des témoignages de Papinien et de Denys d'Halicarnasse².

Ce pouvoir du mari n'était pas lettre morte, et l'histoire romaine nous apprend que les maris usèrent plusieurs fois de ce droit. Valère Maxime rapporte qu'un certain Egnatius Metellus fit périr sous les verges sa femme coupable de s'être enivrée, et donna ainsi « un excellent exemple » à ses concitoyens³. Une autre femme, Pomponia Græcina, fut, au dire de Tacite, châtiée pour avoir préféré aux dieux Lares les dieux étrangers⁴.

Il est intéressant, à ce point de vue, de comparer les effets de la *manus* avec ceux du *mundium* german. « Le mariage fondé sur le *mundium* du mari, » dit Grimm, a tous les effets de la *conventio in manum* à Rome. » Et plus loin : « Du *mundium* du

1. Von Ihering, *op. cit.*, t. II, p. 183. — Heineccius, *Pandectes* XXIII, II, 174.

2. *Collat. Leg. mos.*, IV, 8. — *Antiq. romaines*, II, 26. — En sens contraire, Namur, *Cours d'Institutes*, n° 61, p. 81.

3. Valère Maxime, VI, 3.

4. Tacite, *Annales*, XIII, 32.

« mari sur la femme découlaient encore d'autres
« droits; il pouvait la châtier, la vendre, la tuer,
« comme ses domestiques et ses enfants ¹. »

Ce pouvoir illimité du mari fut restreint dans la suite, et il n'eut plus le droit de remplir sans contrôle son rôle de justicier. Désormais il dut, pour juger et punir sa femme, rassembler une sorte de tribunal domestique composé des parents naturels du mari et de la femme jusqu'au sixième degré ². La femme se trouvait ainsi protégée contre l'injustice ou la sévérité de son conjoint, on évitait les résolutions prises sous l'empire de la colère. Ce tribunal calmait l'irritation du mari et mettait fin aux discordes passagères.

72. — Le mari pouvait-il enlever la liberté à sa femme et la priver du droit de cité? A première vue, l'affirmative ne semble pas douteuse : s'il lui est permis de la tuer, à plus forte raison a-t-il la faculté de la priver de la liberté et du droit de cité; qui peut le plus peut le moins. Mais, nous l'avons déjà dit, la *manus* est calquée sur la *patria potestas*. Or, malgré les pouvoirs très larges, accordés au père de famille, il lui fut toujours interdit de porter atteinte aux droits que ses enfants tenaient de l'État, ou de leur enlever la personnalité civile. Il dut en être de même du mari à l'égard de la femme *in manu* ³.

1. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, pp. 447 et 450.

2. Sur la composition de ce tribunal, voir Valère Maxime, VI, 3, 7. — Suétone, *Tibère*, 37. — Polybe, *Hist.*, VII, 1. — Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. VII, ch. X. — Voigt, *Die XII Tafeln*, § 94.

3. Puchta, *System und Geschichte des römischen Privatrechts, Civitas*, n° 216. — Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 230. — L. 10. *C. de patria potestate*, VIII, 47.

73. — Nous avons reconnu précédemment au mari le droit de vendre sa femme; nous ne reviendrons donc pas sur ce point.

74. — Il pouvait également la donner en adoption. Jouissant de la puissance sur sa femme, rien ne l'empêchait de faire passer cette dernière sous la *potestas* d'un tiers au moyen de l'adoption.

75. — Comme toutes les personnes en puissance, la femme était susceptible d'être revendiquée; seulement le mari devait avoir soin, sous le système formulaire, d'indiquer dans l'*intentio* la nature particulière de son droit.

En outre, il lui était permis de poursuivre comme voleur celui qui cachait sa femme et lui donnait asile, alors qu'elle avait fui le domicile conjugal.

76. — Avec une semblable législation, on comprend aisément que le mari avait seul le droit de répudier sa femme, et que cette dernière ne jouissait pas de la réciprocité. Chez les Germains, nous retrouvons une situation absolument semblable : la femme ne peut briser le *mundium* qui pèse sur elle, tandis que le mari a la faculté de divorcer à son gré¹. Il est vrai qu'un texte de Gaius paraît contraire à cette manière de voir; aussi quelques auteurs ont-ils prétendu que la femme avait le droit d'envoyer un *repudium* à son mari. Voici comment s'exprime le jurisconsulte romain : « *Sed filia quidem nullo modo* »
« *patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; hæc* »
« *autem virum, repudio misso, proinde compellere* »
« *potest atque si ei nunquam nupta fuisset.* » (Gaius I,

1. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, p. 618.

137.) Toute la difficulté provient de ces mots *repudio misso*. Gaius fait-il allusion à un *repudium* envoyé par la femme, ainsi que le prétendent les partisans de la doctrine que nous combattons, ou a-t-il voulu dire tout simplement qu'une fois le *repudium* adressé par le mari à la femme, celle-ci pouvait forcer son conjoint à la remanciper? C'est cette dernière hypothèse qui nous semble la plus vraisemblable; en tout cas, l'ambiguïté des expressions employées ne permet pas à nos adversaires de combattre victorieusement l'opinion que nous soutenons. Et alors même qu'il serait vrai que, du temps de Gaius, la femme avait le droit de divorcer comme le mari, rien ne nous prouverait que tel était l'état de la législation avant cette époque.

Le mari pouvait divorcer à son gré sans être tenu d'invoquer un motif particulier. Cependant M. Cuq prétend que, dans le cas de mariage *farreo*, la répudiation n'était possible que si la femme était convaincue d'avoir commis un adultère ou bu du vin ¹. Il appuie son opinion sur un passage de Denys d'Halicarnasse qui déclare, en effet, qu'une union de ce genre était indissoluble, sauf dans les deux hypothèses que nous venons de mentionner ². Un texte de Plutarque contredit cette assertion; d'après lui, une loi de Romulus reconnaît au mari le droit de répudier sa femme d'une façon générale. Il doit seulement lui restituer ses biens si elle n'a pas été convaincue d'adultère, d'empoisonnement de ses enfants ou de

1. Cuq, *op. cit.*, p. 227.

2. Denys d'Halicarnasse, II, 25.

soustraction des clefs du cellier¹. Pour M. Cuq, il n'existe aucune contradiction entre ces deux textes : le premier se réfère au mariage avec *confarreatio*, le second au mariage libre. Nous ne pouvons admettre cette conciliation, puisque nous avons reconnu que le mariage avec *manus* existait seul au début ; nous nous heurtons ainsi à deux textes contradictoires. Nous nous rangerons plus volontiers à l'avis de Plutarque.

D'abord nous ne saisissons pas très bien pourquoi le mari n'aurait eu le droit de répudier sa femme que dans les deux cas rapportés par Denys d'Halicarnasse. Pourquoi cette limitation ? Très vraisemblablement Denys d'Halicarnasse a voulu exprimer la même idée que Plutarque, et dire qu'au cas où la femme aurait commis un adultère ou bu du vin, le mari pourrait la répudier impunément, en toute liberté, sans avoir de biens à restituer. Cette interprétation est d'autant plus acceptable que les deux auteurs énumèrent tous deux les mêmes faits : adultère de la femme et soustraction des clefs du cellier. Denys d'Halicarnasse dit « avoir bu du vin » ; mais ces deux expressions ne traduisent-elles pas la même idée ?

Sauf dans les cas que nous venons de citer, le mari qui répudiait sa femme était obligé de consacrer certains biens à Cérès pour apaiser cette divinité et réparer l'offense qu'on lui faisait en brisant un lien qui avait été contracté sous ses auspices². Puis il devait faire aux dieux Mânes un sacrifice expiatoire, qui était la contre-partie du *sacrum nuptiale*.

77. — La femme *in manu* se trouvait, sans nul

1. Plutarque, *Romulus*, 22. — Voigt, *Leges regiae*, 32.

2. Plutarque, *Romulus*, 22.

doute, obligée par ses délits et, puisqu'elle était considérée comme fille du mari, la victime du délit avait un recours contre ce dernier. Mais un point délicat et fort débattu est celui de savoir si le mari pouvait, comme le *paterfamilias*, se dégager de son obligation en abandonnant sa femme à la *noxæ*. L'analogie que nous avons déjà bien des fois constatée entre la *manus* et la *patria potestas* nous conduit également à décider que le mari jouissait, au cas de délit, du droit d'abandon noxal¹. On objecte cependant le paragraphe 80 du *Commentaire* IV de Gaius qu'on lit de la façon suivante : « *Hæc ita de his personis quæ*
« *in potestate sunt, sive ex contractu, sive ex malefi-*
« *cio earum agatur ; quod vero ad eas personas quæ*
« *in manu, mancipiove sunt, quotiens AUT EX CON-*
« *TRACTU AUT EX MALEFICIO earum ageretur, nisi ab eo*
« *cujus juri subjectæ sint in solidum defendantur,*
« *bona quæ earum futura forent, si ejus juris subjec-*
« *tæ non essent, veneant.* » On conclut de ce texte que, lorsqu'une personne *in mancipio* ou *in manu* commet un délit, elle n'est pas soumise à l'action noxale ordinaire ; on procède en cette matière comme au cas d'obligation contractuelle : celui qui a la *potestas* doit défendre pour le tout à l'action née du délit, ou, s'il le préfère, les biens de la personne, auteur du dommage, sont vendus comme si elle était *sui juris*².

1. Consulter sur ce point un intéressant article de M. Girard, *Des actions noxales*, publié dans la *Nouvelle Revue historique*, 1887, pp. 422 et suiv.

2. En ce sens Gide (*op. cit.*, p. 420) qui reproduit les opinions de Rudorff, *Römische Rechtsgesichte*, p. 162, note 13 ; de Bethmann-Holweg, *Römische Civilprozess*, p. 567, et de von Wyss, *Haftung für fremde Culpa*, p. 53.

Cette lecture du texte de Gaius est certainement inexacte ; la dernière révision du manuscrit montre d'une façon évidente que, dans la ligne litigieuse, il n'y a pas de place pour les mots *aut ex contractu aut ex maleficio*. De plus, les lettres qui ont été lues font supposer que le texte portait *contractu* et non *maleficio*.

Cependant un auteur allemand, M. Mandry, prétend lire *ex delicto* et non *ex contractu*¹, et il ajoute : « Il ne
« peut être question ici que des délits, car Gaius a déjà
« parlé des obligations contractuelles antérieures à la
« création de la puissance, au paragraphe 78, C. III. » Il ne s'agit pas non plus des obligations contractées postérieurement à la création de cette puissance, car on ne voit pas pourquoi les contrats passés par ces personnes seraient traités avec plus de faveur que les contrats des personnes *in patria potestate*. Le passage de Gaius a donc nécessairement trait aux obligations délictuelles. Mais, malgré le mauvais état du manuscrit, les lettres que l'on a pu déchiffrer ne laissent aucun doute sur ce point : il n'y a place, dans le texte, que pour un seul mot, et ce mot est très certainement *contractu*². Puis les arguments mis en avant par M. Mandry, à l'appui de sa leçon, ne sont pas probants. Pourquoi refuser d'admettre que Gaius ait répété au paragraphe 80, C. IV, ce qu'il avait déjà dit au livre III ? Serait-ce l'unique exemple d'une répétition de ce genre³ ? En outre, le raisonnement que fait M. Mandry relativement aux obliga-

1. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, p. 348.

2. Girard, *op. cit.*, p. 423, note 3.

3. Lenel, *Edictum perpetuum*, p. 339, note 5.

tions contractuelles des personnes *alieni juris* postérieures à la création de la *potestas* est également applicable aux obligations délictuelles. Pourquoi traiter les personnes *in manu* et *in mancipio*, relativement à leurs délits, d'une façon plus favorable que celles soumises à la *patria potestas*? On n'en voit aucune raison.

78. — Indiquons, pour terminer, l'influence qu'exerçait la *manus* sur le nom de la femme. En règle générale, la femme n'a pas de *praenomen*; elle porte seulement un *nomen gentilitium* et un *cognomen*, le premier donné suivant des règles fixes, le second laissé à son choix. Tant qu'elle reste soumise à la puissance de son père, elle porte le même *nomen gentilitium* que lui, mais, du jour où elle contracte une union accompagnée de *conventio in manum*, elle prend le *nomen gentilitium* de son mari, et nous trouvons la trace de cette coutume dans la formule que prononçait la jeune épouse en pénétrant pour la première fois dans la maison de son mari : « *ubi tu Caius, ego Caia*. » Si le mari appartenait à la même *gens* que sa femme, celle-ci conservait le nom qu'elle avait auparavant.

Si la femme contractait une union libre, elle gardait le *nomen gentilitium* de son père.

Le *cognomen* servait à distinguer les différents membres d'une même famille, et la *manus* n'avait aucune influence sur lui.

L'usage s'introduisit de placer à côté du *nomen gentilitium* et du *cognomen* de la femme, le nom de la personne sous l'autorité de laquelle elle se trouvait, c'est-à-dire celui du père, si elle était *filiafamili-*

lias ou mariée sans *manus*, et celui de son mari, si elle était *uxor cum manu*. Il était placé immédiatement à côté de celui de la femme; plus tard, on intercala le mot *conjux* ou *uxor*¹.

Section II.

*Effets de la manus sur les biens*².

79. — Pour se rendre compte des conséquences pécuniaires de la *manus*, il faut sans cesse avoir présentes à l'esprit les deux propositions suivantes d'où découlent presque tous les effets de la *manus* à cet égard : 1^o la femme, par suite de la *conventio in manum* change de *status*; elle subit une *capitis deminutio*; 2^o elle est, à partir de ce moment, au nombre des personnes *alieni juris*.

Lorsque la femme tombait *in manum mariti*, ses biens passaient dans le patrimoine du mari; les biens des deux époux ne formaient plus qu'une masse unique dont le mari avait seul l'administration et la disposition. Il y avait là pour lui une acquisition à titre universel comme au cas d'adrogation³ : biens corporels et incorporels, il les acquérait tous, sans aucune distinction et immédiatement; une tradition n'était même pas nécessaire. Mais, en retour, il était

1. Henry Michel, *Du droit de cité romaine*, pp. 363 et suiv. Cons. également Cagnat, *Cours d'Épigraphie latine*, 2^e édit., 1890, pp. 37 et suiv.

2. Consulter, sur ce point, Rivier, *Précis du droit de famille romain*, pp. 162 et suiv.

3. Gaius, I, 83. — Denys d'Halicarnasse, II, 25.

tenu de toutes les dettes grevant ce patrimoine. Pour toute dette de la femme antérieure à la *manus* et résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, le prêteur accordait aux créanciers de la femme une *restitutio in integrum*.

80. — L'importance des effets de la *manus* variait selon que la femme était *sui juris* ou non, au moment de son mariage : au premier cas, toutes les conséquences que nous venons d'indiquer se produisaient ; au second, la femme, ne possédant aucun bien, n'apportait rien à son mari. Il n'avait aussi aucune dette à payer du chef de sa femme, puisque celle-ci, ayant été jusqu'alors *alieni juris*, n'avait pu s'obliger valablement¹. Nous devons cependant signaler une exception à cette règle : la fille, même pendant qu'elle était sous la puissance de son père, avait pu s'obliger par ses délits, et la *capitis deminutio* ne l'affranchissait pas de sa responsabilité à cet égard : *nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit*. Seulement, désormais, l'action ne pourra plus être exercée contre le *paterfamilias*, elle le sera contre le mari qui, comme le père, jouira de la faculté d'abandonner noxalement sa femme à la victime du délit. (Gaius, IV, 77.) Nous avons établi ce droit au profit du mari, mais droit surtout théorique, car le caractère sacré du mariage, le respect dont était entourée la femme, avaient rendu fort rare l'abandon noxal.

81. — Signalons une conséquence curieuse de cette idée que le patrimoine de la femme était confondu avec celui du mari ; le vol commis par l'un des

1. Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 228, note 2.

époux au préjudice de l'autre ne pouvait donner lieu à l'action *furti*. En effet, d'une part, il est matériellement impossible au mari de voler sa femme, puisque celle-ci n'a rien en propre et que tous les biens appartiennent au mari. D'autre part, l'épouse ne peut commettre un *furtum* au préjudice de son conjoint, car, disent Nerva et Cassius, elle est, en quelque sorte, co-propriétaire de ces biens. Selon d'autres jurisconsultes, Sabinus, Proculus et Julien, cette impossibilité tenait à ce que la femme *in manu* était *loco filix mariti*, et que l'action *furti* ne naît pas lorsqu'une fille dérobe quelque chose à son père (L. 1, D. XXV, 2). Néanmoins il pouvait se produire, en fait, que la femme *in manu* eût, au moment de la répudiation, soustrait des objets à son mari. Était-il désarmé dans cette situation? Évidemment non, et, comme l'action *furti* ne pouvait prendre naissance, on lui donna contre sa femme une action nouvelle, l'action *rerum amotarum*, qui n'était susceptible d'être intentée qu'au cas de mariage *cum manu*¹.

82. — Tous les droits appartenant à la femme passaient, avons-nous dit, sur la tête du mari. Mais il y a lieu de rappeler ici une des propositions que nous émettions précédemment, à savoir que la femme subissait une *capitis deminutio*; en conséquence, les droits que les Romains considéraient comme exclusivement attachés à la personne cessaient d'exister par le seul fait de la *conventio in manum*. C'étaient, par exemple, l'usufruit, l'usage et l'*operarum obligatio libertorum quæ per jusjurandum contracta est*. Gaius

1. Desjardins, *Traité du vol dans le Droit romain*.

nous déclare, en outre, que la créance résultant d'une *adstipulatio* faite par la femme se trouvait éteinte par le changement d'état qu'elle éprouvait en suite de la *manus* (Gaius III, 114).

83. — La femme était *loco filix mariti* et les Romains tiraient toutes les conséquences de cette formule, tant au point de vue de la personne qu'au point de vue des biens. La femme se trouvait dans la situation d'une fille par rapport à son mari; elle était pour lui un instrument d'acquisition. Les personnes *in potestate* ne pouvaient rien acquérir pour elles, mais les actes qu'elles passaient produisaient leurs effets à l'égard de ceux qui détenaient la *potestas*. Tout ce qui advenait à la femme profitait au mari, alors même qu'il avait ignoré l'acte accompli par sa femme. S'il s'agissait d'une succession, actif et passif passaient sur sa tête, à condition toutefois qu'il eût donné son consentement à l'adition d'hérédité. Nous n'avons, sur ce point, qu'à nous reporter aux règles qui régissent la matière.

La femme, en principe, acquérait par tous les modes : occupation, mancipation, tradition, usucapion, adjudication et loi, sauf par l'*in jure cessio*, qui lui était inaccessible. Gaius nous en donne la raison (C. II, 96) : la femme *in manu*, étant incapable d'être propriétaire, ne pouvait affirmer *in jure* que tel objet déterminé lui appartenait. Ce motif ne nous semble pas exact, et telle n'est certainement pas la véritable pensée de Gaius. Si ce mode d'acquisition était interdit à la femme *in manu*, ce n'est pas parce qu'elle ne pouvait affirmer en justice son droit de propriété, autrement, et pour la même

raison, il lui aurait été impossible d'acquérir *per mancipationem*, puisque cet acte supposait une formule identique à celle de l'*in jure cessio*; or, tous les textes reconnaissent qu'elle était capable de figurer dans une mancipation. Ce que Gaius a voulu dire, c'est que l'*in jure cessio* est une *legis actio* fictive, et que la femme *in manu*, se trouvant exclue d'un procès véritable, ne pouvait pas davantage figurer dans une *legis actio* fictive.

84. — Si la femme *in manu* était incapable d'acquérir quelque chose pour elle-même, pouvait-elle, du moins, s'obliger? Aucun doute n'est possible pour les délits et les quasi-délits : l'esclave s'obligeait de la sorte, à plus forte raison la femme *in manu* était-elle tenue. Mais il lui était impossible de s'engager vis à vis des tiers par contrat ou quasi-contrat, puisqu'elle était dans la même situation qu'une *filiafamilias*. En outre, il ne lui était pas permis de s'obliger envers son mari et réciproquement. En effet, lorsque des personnes sont unies par des liens de puissance, aucune action en justice n'est possible entre elles, et l'obligation qu'elles auraient contractée serait dépourvue de sanction : « *Inutilis stipulatio*, dit Gaius, *si ab eo* « *stipuler qui juri meo subjectus est, aut contra si* « *is a me stipuletur.* » (C. III, 104.) Cependant un contrat de cette nature n'est pas absolument nul; il engendre une obligation naturelle.

85. — La femme pouvait, comme l'esclave ou le fils de famille, posséder un pécule. La preuve nous en est fournie par Plaute, qui met dans la bouche de l'un de ses personnages la phrase suivante : « *nam*

« *peculii probam nihil habere addecet clam virum* ¹, » et nous laisse entendre que ce droit était accordé à la femme, si son mari y consentait. Il est à présumer qu'il s'agissait du pécule que l'on a désigné sous le nom de pécule *profectice*; le mari en conservait la propriété et en confiait seulement la gestion à la femme ².

86. — Par suite de la *conventio in manum*, la femme acquérait des droits de succession dans sa nouvelle famille; elle devenait *heres sua* du mari. Elle avait les mêmes droits qu'une fille de ce dernier. De là, plusieurs conséquences importantes : si le mari avait fait un testament avant d'acquérir la *manus*, ce testament était rompu (Ulpien, XXIII, 3). Il devait aussi nécessairement instituer ou exhériter sa femme (Ulpien, XXII, 14), et celle-ci avait le droit d'intenter la *querela inofficiosi testamenti*. La femme succédait, pour la totalité, à son mari s'il n'avait pas d'autre héritier sien. S'il en avait, elle ne prenait qu'une part virile comme les autres enfants, et cela sans distinguer s'ils étaient tous du même lit ou de lits différents.

En raison des liens d'agnation que faisait naître la *conventio in manum*, la femme acquérait des droits héréditaires à l'égard de tous les agnats de son mari. C'est ainsi qu'elle venait à la succession du père et du grand-père de son mari vis-à-vis desquels elle était *loco neptis et proneptis* (Gaius, II, 159; III, 3).

Elle succédait aussi à ses enfants comme à des sœurs et à des frères, et ceux-ci étaient appelés, au

1. Plaute, *Cas.*, II, 2, 26.

2. Von Ihering, *op. cit.*, t. II, p. 183, note.

même titre, à sa succession. C'est là une différence remarquable entre le mariage libre et le mariage *cum manu*, différence qui nous est signalée par Gaius au paragraphe 24 du commentaire III : « ...adeo quidem, « *ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque* « *hereditatis capiendæ jus competat, præterquam si* « *per in manum conventionem consanguinitatis jura* « *inter eos constiterint.* »

À défaut d'enfants, les biens de la femme passaient aux agnats les plus proches en degré.

87. — Aussi longtemps que durait la *manus* et comme conséquence de la puissance qui pesait sur la femme, il était impossible à cette dernière de faire un testament.

88. — Cette puissance continuait même à se faire sentir après la mort du mari par la faculté que lui donnait la loi de désigner un tuteur à sa femme, qui, par suite de la dissolution du mariage, devenait *sui juris*. Tant que la tutelle des femmes fut exclusivement organisée dans l'intérêt des tuteurs, ceux-ci étaient nécessairement choisis parmi les agnats les plus proches, c'est-à-dire parmi ceux auxquels devaient revenir les biens de la personne en tutelle; il arrivait ainsi fréquemment que la femme tombait sous la tutelle de ses propres enfants. Mais lorsque cette institution changea de caractère, le mari put prendre un tuteur en dehors des agnats; il eut même le droit de laisser ce choix, dans des limites plus ou moins étroites, à la discrétion de la femme.

89. — Lorsque la femme contractait une union accompagnée de *conventio in manum*, il ne pouvait être question de dot, puisque la dot implique un don

volontaire, et que la *manus* entraînait pour le mari une acquisition forcée de tous les biens de la femme. Cette acquisition était définitive, irrévocable. Aussi, pendant les premiers siècles de Rome, ne trouvons-nous aucune action mise au service de la femme pour contraindre son mari à restituer les biens qu'elle lui avait transmis en contractant mariage. On rapporte, dit Aulu-Gelle ¹, que, durant les cinq premiers siècles de la fondation de Rome, il n'existait à Rome et dans tout le Latium, ni actions, ni stipulations *rei uxoriæ*; les mariages n'étaient point alors rompus par des divorces. Servius Sulpicius dit aussi, dans son livre sur la Dot, que la nécessité des stipulations *rei uxoriæ* ne se fit sentir que lorsque Spurius Carvilius Ruga répudia sa femme. Ces témoignages, très nets et très précis, sont encore corroborés par celui de Denys d'Halicarnasse ². Du reste, cette législation ne doit pas nous étonner, puisque la *conventio in manum* produisait, au point de vue pécuniaire, les mêmes conséquences que l'*adrogatio*; le mari, comme l'adrogéant, acquérait immédiatement et d'une façon définitive, les biens de la femme *in manu*.

Mais, vers le vi^e siècle de Rome, selon Aulu-Gelle, alors que le mariage libre était déjà pratiqué et que les divorces augmentaient sous l'influence de la dépravation des mœurs, les maris trouvaient un moyen facile de s'enrichir en répudiant leur femme et en conservant les biens qu'ils tenaient d'elle ³. C'est

1. Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, IV, 3.

2. Denys d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, II, 25.

3. Gide, *Du caractère de la dot en droit romain*, dans son *Etude sur la condition privée de la femme*, édition Esmein, pp. 505 et suiv.

alors que, mue par un sentiment d'équité, la jurisprudence introduisit l'obligation pour le mari de restituer la dot. L'intérêt de l'État était également en jeu : il importe à la République, disent les textes, que les femmes aient des dots et qu'elles les conservent, car c'est pour leurs dots qu'on les épouse. (L. 1, D. XXIII, 3) (L. 1, D. XXIV, 3). Le mariage, on le voit, avait sensiblement perdu de sa pureté primitive. L'action donnée à la femme prit le nom d'*actio rei uxoriæ*. Elle s'appliqua tout d'abord uniquement au cas de divorce; c'est Aulu-Gelle qui nous l'apprend¹. On commença par stipuler qu'au cas de divorce, le mari serait tenu de restituer quelque chose de la dot : « *Dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si* » « *inter virum uxoremque divortium contigisset, quod* » « *melius æquius esset apud virum maneret, reliquum* » « *dotis restitueretur uxori*². » Ces stipulations donnèrent naissance à l'action *rei uxoriæ* qui, attribuée d'abord à la femme divorcée, fut ensuite étendue à la veuve. Cette action s'appliquait aux biens que la femme apportait en se mariant, dans le cas d'une union libre. Mais ne pouvait-elle être invoquée par la femme *in manu mariti* pour reprendre les biens que la *conventio in manum* avait fait passer dans les mains du mari? La négative s'impose, semble-t-il, puisque l'action *rei uxoriæ* implique une dot et un droit de créance de la femme contre son mari pendant toute la durée du mariage. Sans vouloir entrer ici dans la discussion du caractère de la dot en droit romain, nous dirons, adoptant la théorie de M. Gide,

1. Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, IV, 3.

2. Boëce, *Ad Cicer. Top.*, XVII, 66.

que « la dot ne fut pas un prêt, mais un don fait à « toujours ¹ ». Dès lors, l'action *rei uxoriæ* n'apparaît plus comme la sanction d'un droit de créance, mais comme une simple faveur, un secours accordé à la femme veuve ou divorcée, et qui, par conséquent, ne commence à exister qu'au moment où le besoin s'en fait sentir. S'il en est ainsi, la *manus* ne peut faire obstacle à la naissance de cette action et la femme l'exercera aussi bien dans le cas d'une union accompagnée de *conventio in manum*, que d'un mariage libre, puisque, dans les deux cas, les mêmes raisons d'humanité et d'équité existent.

1. Gide, *loc. cit.* — Cuq, *op. cit.*, p. 230. — Bechman, *Das römische Dotalrecht*, p. 66.

CHAPITRE V

MODES DE DISSOLUTION DE LA MANUS.

90. — La *manus* prenait fin ou par des modes directs et spéciaux, ou indirectement, par suite de certains évènements.

Section I.

Modes directs de dissolution.

91. — Nous en rencontrons deux, correspondant chacun à un mode de *conventio in manum* : la *diffarreatio* et la *remancipatio*. Quant à la *manus* résultant de l'*usus*, on la faisait cesser également par une *remancipatio*, ou, peut-être, d'après M. Cuq, par non usage¹. En tout cas, les textes ne mentionnent nulle part l'existence de ce mode particulier à l'*usus*.

I. — Diffarreatio.

92. — Les jurisconsultes romains ont fait une fréquente application de cette maxime reproduite par Ulpien : « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*². » Cette

1. « N'est-ce pas de cette manière que le père de la femme est dépourvu de la puissance paternelle qu'il avait lors du mariage? » Cuq, *op. cit.*, p. 229.

2. Ulpien, L. 35, D. L. 17.

règle écrite pour les contrats, ils l'ont aussi appliquée à d'autres matières, notamment à celle qui nous occupe ; c'est pourquoi nous voyons le mariage contracté *confarreatio* se dissoudre au moyen de formalités analogues à celles qui avaient accompagné sa célébration, la *diffarreatio*. Les détails en sont fort peu connus ; voici ce que nous apprend Festus à ce sujet : « *Diffarreatio genus est sacrificii quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio, dicta diffarreatio quia fiebat farreo, libo adhibito* ¹. » On peut conjecturer, grâce aux quelques renseignements que nous possédons, que les époux se rendaient devant le foyer domestique ; là, on leur présentait un pain de fleur de farine, comme au jour de leur mariage, mais au lieu de le partager, ils le repoussaient, manifestant vraisemblablement, de cette façon, leur volonté de cesser la vie commune. Puis, d'après Plutarque, ils prononçaient des formules étranges, haineuses, effrayantes, comme une malédiction par laquelle la femme renonçait aux dieux et au culte du mari ². Un prêtre devait aussi intervenir pour briser le lien religieux qui existait entre les époux ³.

La *confarreatio* étant un mode de contracter mariage exclusivement réservé aux patriciens, la *diffarreatio* ne pouvait être employée que par eux. Cependant elle était interdite aux flamines de Jupiter ⁴.

1. Festus, V^o *diffarreatio*. Voir également l'inscription d'Antium, Cuq, *Etudes d'Epigraphie juridique*, 1881, p. 110.

2. Plutarque, *Quest. rom.*, 50.

3. Orelli, *Inscr. lat.* n^o 2648.

4. Bouché-Leclercq, *op. cit.*, pp. 379 et 517.

Il y a lieu aussi d'observer que la *diffarreatio*, à la différence de la *remancipatio*, ne fut jamais un moyen mis à la disposition du mari pour lui permettre d'émanciper sa femme ou de la donner en adoption.

93. — On s'est demandé quelle était l'étendue des effets de la *diffarreatio*. Brisait-elle seulement la *manus* ou dissolvait-elle complètement l'union des époux ? En l'absence de textes précis, la plupart des auteurs se gardent de trancher la question. Nous inclinierions volontiers à croire que, non seulement la *diffarreatio* faisait disparaître la *manus*, mais encore rompait complètement le mariage. En ce sens, on peut invoquer la définition de Festus : la *diffarreatio* a pour effet d'amener la *dissolutio inter virum et mulierem*, expression qui nous semble assez significative. De plus, les paroles que prononçaient les époux, le pain de froment qu'ils refusaient de partager, tout cela implique bien une rupture complète et définitive entre eux. Enfin, la *confarreatio* n'est-elle pas, ainsi que nous l'avons dit, la forme même du mariage, sa raison d'être ? Détruire par une cérémonie contraire les solennités qui avaient servi à former le mariage, n'est-ce pas anéantir d'une façon absolue l'union contractée par les époux ?

II. — *Remancipatio*.

94. — Lorsque la *manus* résultait de la *coemptio* ou de l'*usus*, elle prenait fin par la *remancipatio* que Festus définit de la façon suivante : « *Remancipatam*
« *Gallus Aelius esse ait quæ mancipata sit ab eo cui*

« *in manum convenerit*¹. » C'était, en réalité, une mancipation ordinaire : le mari agissait à l'égard de sa femme exactement comme le père qui voulait affranchir sa fille de la puissance paternelle. C'est, du moins, ce qui paraît résulter d'un texte mutilé de Gaius (C. I, 137).

95. — Lorsque la *remancipatio* suivait le divorce, la femme devait très probablement être mancipée au *paterfamilias* qui reprenait ainsi les droits qu'il avait sur sa fille. Et il n'est pas impossible qu'à une époque où les divorces étaient déjà fréquents, le père de famille qui donnait sa fille en mariage, ait pris l'habitude de faire une stipulation accessoire pour obliger le mari à restituer les biens de cette dernière, dans le cas où la vie commune viendrait à cesser. La fille, reprenant son patrimoine avec son indépendance, aurait eu ainsi des facilités beaucoup plus grandes pour contracter une nouvelle union.

96. — La *remancipatio* n'avait pas que cette utilité : grâce à elle, le mari pouvait, sans briser le mariage, émanciper sa femme, la donner en adoption ou la céder à la victime d'un délit, en réparation du préjudice qu'elle avait causé. Seulement, s'il voulait uniquement émanciper sa femme, il la mancipait à un tiers qui, par un contrat de fiducie, s'engageait à la lui transférer à nouveau. Il l'affranchissait ensuite et conservait de cette façon les droits de tutelle et de succession qui appartenaient à tout *manumissor*.

1. Festus, V^o *remancipatam*.

Section II.

Modes indirects de dissolution.

97. — Parmi ces modes nous rencontrons en première ligne la mort de l'un des époux¹. Si la femme mourait la première, pas de difficultés : la *manus* n'ayant plus d'objet cessait nécessairement. Si c'était le mari qui précédait, une distinction s'imposait : était-il *sui juris*, il n'y avait plus aucune personne pour exercer cette puissance après sa mort ; elle s'éteignait alors et la femme tombait sous la tutelle des agnats. Était-il, au contraire, *alieni juris*, la *manus* subsistait entre les mains du père ou du grand-père du mari ; la femme était *loco neptis vel proneptis*.

98. — La *capitis deminutio* subie par l'un des époux entraînait également dissolution de la *manus* ; toutefois cette conséquence ne se produisait que dans le cas d'une *capitis deminutio media* ou *maxima*. Ce résultat s'explique facilement : lorsqu'un des époux éprouvait une *capitis deminutio media* ou *maxima*, il perdait, soit le droit de cité seulement, soit la liberté et le droit de cité ; or comme la *manus* ne pouvait exister qu'au profit de citoyens romains et sur des femmes ayant la *civitas*, elle cessait forcément par la

1. Nous n'avons pas fait figurer la mort dans les modes directs de dissolution de la *manus*, ayant voulu examiner uniquement, dans la section précédente, les opérations juridiques qui avaient pour but de faire disparaître, par des cérémonies contraires, les procédés de formation de la *manus*.

perte de la cité éprouvée par l'un ou l'autre des époux. Mais les effets de cette *capitis deminutio* variaient selon qu'elle était encourue par la femme ou par le mari; par la première, les liens d'agnation qui la rattachaient aux parents de son mari étaient rompus; elle perdait non seulement tous les biens qu'elle avait apportés à son mari, mais encore tout espoir de succéder à celui-ci et à ses agnats. Par le second, la femme restait l'agnate des membres de la famille de son mari.

99. La *maxima capitis deminutio* soulève quelques difficultés : on sait que si les deux époux étaient prisonniers ensemble et revenaient en même temps à Rome, grâce à la fiction du *postliminium*, le mariage était censé n'avoir jamais cessé d'exister. Mais cette fiction produisait-elle aussi cette conséquence lorsqu'un seul des époux était en captivité chez l'ennemi? Le mariage dissous primitivement revivait-il? Quel était le sort de la *manus*? Pour le mariage, le doute n'est pas possible, il était rompu à tout jamais. Ce résultat se produisait, alors même que l'époux, restant à Rome, avait continué à habiter la maison conjugale, et que les deux conjoints avaient manifesté leur intention de maintenir intact le lien qui les unissait (L. 12, § 4, et L. 14, § 1. D. *de captivis*, LXIX, 15). M. Accarias explique ce résultat en disant que, dans cette hypothèse, il y a eu une séparation matérielle des deux époux, une *res facti* que la fiction du *postliminium* n'a pas la puissance de faire considérer comme non avenue¹. Mais si le mariage était dissous irrévocablement, la *manus* suivait-elle la même des-

L. Accarias, t. I, p. 102.

tinée? Oui, a-t-on répondu, la captivité détruit la personnalité civile de l'époux; du moment que cette personnalité cesse, le mariage et la *manus* n'ont plus aucune base, ne peuvent plus subsister, et le *postliminium* qui est impuissant à faire revivre l'un, ne peut certainement avoir plus de force vis-à-vis de l'autre, étant donné surtout le lien étroit qui unissait la *manus* au mariage. Du reste, tous les textes qui parlent de la captivité la mettent sur la même ligne que la mort naturelle, relativement aux effets qu'elle produisait sur le mariage. « *Dirimitur matrimonium, dit Paul, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum.* » (L. 1, D, XXIV, 2). Si, grâce au *postliminium*, le mari avait conservé la *manus* sur sa femme, les jurisconsultes n'auraient certainement pas manqué de signaler cette particularité; mais, loin de là, ils nous disent que la captivité chez l'ennemi a pour effet la destruction complète, la mise à néant du mariage, sans faire aucune restriction relative à la *manus*. En outre, à quelles contradictions n'arriverait-on pas avec le système adverse! Le mariage est dissous, mais la *manus* subsiste. Puisque le lien conjugal est rompu, la femme va pouvoir se remarier. Le nouvel époux aura-t-il aussi la *manus*? La femme sera-t-elle soumise à deux puissances, émanant de deux personnes différentes? Il y a là une situation qui suffit à faire repousser ce système.

Néanmoins nous nous rangerons à l'opinion de ceux qui considèrent la *manus* comme restant aux mains du mari par suite de la fiction du *postliminium*. La *manus* est identique à la *patria potestas*. Or, cette

dernière revivait, ou plutôt était censée n'avoir jamais cessé si le père captif revenait à Rome (Just. *Inst.* I, 12 § 5). Il serait profondément illogique de donner deux solutions différentes dans deux hypothèses semblables, d'autant plus que la *manus* n'implique pas, comme le mariage, une *res facti* que le *postliminium* est incapable de faire disparaître. C'est un droit qui existe alors même qu'on ne l'exerce pas. On nous objecte les conséquences auxquelles nous arrivons. Il est facile de répondre que si la femme voulait contracter un nouveau mariage *cum manu*, elle pouvait contraindre son mari à faire cesser la *manus* par une *diffarreatio* ou une *remancipatio*.

Comme conséquence de l'opinion que nous adoptons, nous décidons que les biens acquis par la femme, durant la captivité du mari, passaient dans le patrimoine de celui-ci, puisqu'il était censé avoir toujours eu la *manus* sur sa femme.

100. — Le *repudium* envoyé par le mari mettait fin au mariage, mais non pas à la *manus*. Seulement, dans ce cas, la femme avait le droit de forcer son mari à briser la puissance qui pesait sur elle au moyen d'une *diffarreatio* ou d'une *remancipatio* (Gaius, I, 137).

DEUXIÈME PARTIE

MANUS FIDUCIÆ CAUSA

101. — La *manus*, nous l'avons dit au début de cette étude, trouvait sa raison d'être dans le mariage et en était inséparable. Avec le temps, elle s'en détacha, et l'on finit par admettre que le mariage produirait des effets juridiques même en dehors de toute *conventio in manum*. Une fois que le mariage et la *manus* furent distincts, on se servit de cette dernière pour atteindre certains résultats juridiques et tourner les rigueurs du droit civil. Nous trouvons là un procédé déjà bien souvent observé dans la législation romaine et qui montre quel respect les jurisconsultes professaient pour les vieilles institutions et les antiques coutumes. Leur paraissaient-elles gênantes ou en désaccord avec les mœurs et les besoins actuels, ils ne les supprimaient pas radicalement en les abrogeant par une loi nouvelle. Une telle manière d'agir eût été contraire à leur esprit essentiellement conservateur. Mais comme, en fin de compte, ces institutions étaient surannées, ils s'ingéniaient à en détruire les conséquences et à les tourner au moyen de certains procédés. Le plus souvent ils se servaient, pour y arriver, d'actes qui à l'origine n'avaient pas été créés en vue de ce résultat. C'est ainsi que la *manus fiduciæ causa* fut employée dans plusieurs

circonstances comme instrument destiné à procurer l'émancipation de la femme. Ce genre de *manus* est dit *fiduciæ causa*, parce que, chaque fois que cette puissance était établie sur la femme, il intervenait un contrat de fiducie.

Tout pacte de fiducie a pour objet d'empêcher à la convention à laquelle il est joint de produire ses effets ordinaires ; c'est une espèce de contre-lettre, « une clause secrète passée par acte séparé ¹. » Ainsi, dans notre hypothèse, la *manus* sera bien établie sur la femme, mais, grâce au pacte de fiducie, elle n'entraînera pas, à l'égard de cette dernière, ses conséquences ordinaires. Cette contre-lettre, à raison de son caractère, ne devait pas figurer dans l'acte lui-même, la *coemptio* ; les parties faisaient une fraude à la loi ², elles ne pouvaient pas, par l'insertion de cette clause, révéler publiquement leur intention.

A la différence de la *manus matrimonii causa*, qui était créée pour subsister, celle qu'on appelle fiduciaire ne devait durer qu'un temps très court, juste celui qui était nécessaire pour réaliser le but que se proposaient les parties. Rien de définitif, de stable dans cette opération ; ce n'était qu'un état passager, et M. Van Wetter nous semble avoir admirablement bien caractérisé ce genre de *manus*, en l'appelant *formelle*, par opposition à la *manus matrimonii causa*, qu'il qualifie de *sérieuse* ³. Elles se distinguent

1. Voir sur ce point l'étude sur la fiducie de M. Gény, *Thèse pour le Doctorat*, Nancy, 1885, pp. 13 et 54.

2. Cicéron, *Pro Murena*, 12, § 27 : « *Nam quum permulta præclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniûs pleraque corrupta ac depravata sunt.* »

3. Van Wetter, *Cours élémentaire de Droit romain*, t. II, ch. IV, § 314, p. 248.

l'une de l'autre en ce que la première était toujours accompagnée d'un pacte de fiducie, tandis qu'aucun contrat de ce genre n'était joint à la seconde. En outre, l'une pouvait être employée par tout citoyen romain, tandis que l'autre ne prenait jamais naissance qu'au profit du mari. Seule, la femme *sui juris* intervenait dans la *manus* fiduciaire ; c'est là un point incontestable et qui nous est révélé par le but même que l'on cherchait à atteindre en établissant cette puissance passagère. Il s'agissait, en effet, pour la femme, ou de se débarrasser du culte des *sacra* qui grevaient une hérédité recueillie par elle, ou de changer de tuteur, ou enfin d'acquérir le droit de disposer de ses biens par testament. Un changement de tuteur, une succession échue à la femme, une fortune dont elle veut régler la dévolution par testament, tout cela indique bien que nous nous trouvons en face d'une femme qui n'est pas *alieni juris*.

103. Il est à remarquer, également, qu'on ne pouvait pas employer indistinctement, pour arriver à créer la *manus* fiduciaire, tous les modes de *conventio in manum*. Pour l'*usus*, il n'y fallait pas songer, car il supposait l'écoulement d'un laps de temps incompatible avec le résultat qu'on voulait atteindre. Quant à la *confarreatio*, avec son caractère aristocratique, ses formalités nombreuses, elle n'était guère plus pratique. Restait la *coemptio* qui fut, en effet, le seul mode de constitution de la *manus* fiduciaire. On procédait, à cet égard, comme si la femme avait voulu faire naître sur elle une puissance sérieuse au profit de celui avec qui elle faisait *coemptio*. Mais ce *coemptionator*, qui pouvait être soit un tiers, un

extraneus, soit le mari, s'engageait à remanciper immédiatement la femme à une autre personne. Celle-ci devait, à son tour, par suite de la clause de fiducie, l'affranchir et lui rendre ses biens.

104. — La *mancipatio* opérait un changement de *status* ; elle entraînait, dans tous les cas, une *capitis deminutio* : les tuteurs se trouvaient dépouillés de leur droit à la tutelle, et les biens de la femme passaient entre les mains du *coemptionator*¹. Mais ces droits ne lui étaient dévolus que temporairement, et le pacte de fiducie l'obligeait à les transférer à un autre en mancipant une seconde fois la femme. Manquait-il à la foi promise, n'exécutait-il pas le pacte de fiducie, la femme pouvait intenter contre lui une action qui entraînait l'infamie. En cas de non exécution, la femme devait s'adresser au prêteur par la voie extraordinaire. Gaius dit, en effet, *cogere potest* (C. I, 137), ce qui semble bien indiquer qu'il s'agit d'une *cognitio extra ordinem*. Pourquoi n'avoir pas donné, dans ce cas, l'*actio fiduciæ* ? On tenait compte, sans doute, du lien de puissance qui existait, bien que fort relâché, entre la femme et son *coemptionator*.

105. — Les textes ne nous citent que trois applications de la *manus* fiduciaire. Deux sont mentionnées par Gaius, la troisième par Cicéron. Passons-les rapidement en revue.

1. M. Gény, *op. cit.*, p. 55, croit que cette dernière conséquence ne se produisait que si c'était le mari lui-même qui était *coemptionator*.

Section I.

Coemptio tutelæ evitandæ causa.

106. — Les femmes étaient, dans l'ancien droit romain, soumises à une tutelle perpétuelle; cet état de choses tenait, non pas trop à la *fragilitas sexus*, comme le disent les textes, mais à la conception de la famille romaine. On voulait assurer la conservation des biens dans la famille, protéger les intérêts pécuniaires des agnats, qui étaient en même temps les tuteurs, et l'on avait organisé la tutelle dans leur intérêt. Cependant la famille subit des transformations, les mœurs se modifièrent et la femme essaya de rendre moins lourde, moins gênante cette tutelle si sérieuse, si stricte au début. La *manus* fut un des moyens les plus efficaces pour arriver à ce résultat. La femme se mancipait à un tiers au moyen d'une *coemptio*, et lui faisait ainsi acquérir la *manus* sur elle; puis celui-ci la remanipait aussitôt à une personne qu'elle avait choisie. Cette personne l'affranchissait et acquérait de cette façon des droits de tutelle sur elle (Gaius, I, 115). Avec ce tuteur qu'elle désignait elle-même, on comprend que la femme jouissait d'une liberté et d'une indépendance complètes¹. On arriva, de la sorte, à créer pour les femmes des tuteurs qui, selon l'expression de Cicéron, « *in potestate mulierum continerentur* »². »

1. Gide, *op. cit.*, p. 139.

2. Cicéron, *Pro Murena*, 12. Cons. Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 399.

On peut se demander quel intérêt il y avait dans cette hypothèse à établir d'abord la *manus* sur la femme. Pourquoi celle-ci ne se mancipait-elle pas elle-même directement à celui qui devait avoir la tutelle sur elle ? On aurait évité une double opération. Il est bien certain que, s'il avait été possible d'obtenir le même résultat en employant un procédé aussi simple, les jurisconsultes romains n'auraient pas manqué de le faire. Mais un principe s'y opposait : la mancipation suppose un pouvoir sur la personne qui est mancipée, soit la *patria potestas*, soit la *manus*. Cette puissance permettait de placer la femme, pour un temps très court, *loco servi* : voilà pourquoi on était obligé de créer la *manus* sur la femme, afin qu'un tiers ayant sur elle un droit de disposition pût ensuite la manciper.

107. — Cette opération supposait l'*auctoritas* du tuteur ; s'il refusait de la donner bénévolement, on pouvait l'y contraindre¹. Cette solution semble quelque peu contraire aux règles de la tutelle, mais rappelons-nous ce que dit Gaius au paragraphe 190, in fine, C. I : « *sæpe etiam invitus auctor fieri a præ-tore cogitur.* » Il y avait donc des cas où la femme pouvait agir contre la volonté de son tuteur, et il devait en être ainsi dans l'hypothèse que nous examinons, autrement la *coemptio tutelæ evitandæ causa* n'aurait eu d'application que dans un cas unique, celui où l'agnat consentait à renoncer à la tutelle. Or la *coemptio* devenait alors inutile, puisque, dans ce cas, les parties pouvaient, pour arriver au même but,

1. Von Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 277.

faire une *cessio in jure* de la tutelle légitime, procédé beaucoup plus expéditif¹.

108. La tutelle des agnats, après avoir perdu la plus grande partie de son importance, disparut complètement sous l'empereur Claude (Gaius I, 171). Dès lors, la *coemptio tutelæ evitandæ causa* n'avait plus sa raison d'être; aussi ne tarda-t-elle pas à tomber en désuétude.

Section II.

Coemptio testamenti faciendi causa.

109. — A l'origine de Rome, et même jusqu'à une époque assez avancée, il n'était pas permis aux femmes de tester². Au début, cette incapacité s'expliquait par une pure raison de forme : à cette époque, on ne connaissait qu'un seul mode de disposer de ses biens par testament, c'était le testament fait *calatis comitiis*. Or, les femmes étant exclues des comices se voyaient ainsi refuser le droit de tester. Mais quand d'autres formes furent créées, la prohibition ne cessa pas pour autant. Nous savons avec quel soin jaloux les Romains conservaient les biens dans la famille, ils voulaient assurer l'éclat et la prospérité de la *gens* en réservant aux plus proches agnats la fortune de la femme. On y arriva facilement en déclarant cette dernière incapable de tester. Cette incapacité cessait lorsque les liens d'agnation

1. Contra : Karlowa, *op. cit.*, pp. 102 et suiv.

2. Toutefois une exception était faite en faveur des Vestales (Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, I, 12).

étaient rompus : changeait-elle de famille, subissait-elle une *capitis deminutio*, elle pouvait librement régler par testament la dévolution de sa fortune. Ainsi la fille émancipée jouissait du droit de tester ; il en était de même des affranchies avec l'autorisation de leur patron ¹.

110. — Pour remédier à l'inconvénient que nous venons de signaler, voici le détour subtil qu'imaginèrent les praticiens : la femme faisait *coemptio* avec un tiers qui acquérait ainsi la *manus* sur elle ; en vertu de cette puissance, il se hâtait de la manciper à une autre personne qui, en exécution du pacte de fiducie, devait l'affranchir immédiatement et lui restituer ses biens. Mais la femme n'en avait pas moins subi une *capitis deminutio* et par là avait acquis la capacité de faire un testament.

En raison même des avantages que procurait cette application de la *manus* fiduciaire, elle dut être d'un emploi très fréquent. Cependant, sous Adrien, elle fut abandonnée, n'ayant plus aucune utilité après le sénatus-consulte, rendu sur l'ordre de cet empereur, qui permit à la fille âgée de douze ans de tester librement, pourvu qu'elle y fût autorisée par ses tuteurs ².

Section III.

Coemptio sacrorum interimendorum causa.

111. — Nous savons combien les Romains avaient une foi vive et sincère, nous avons montré avec quel

1. Cicéron, *Top.*, 4. — Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, I, 12.

2. Ulpien, XX, 15. — Gaius, I, 115 a.

soin ils accomplissaient les cérémonies religieuses et perpétuaient le culte des *sacra*. Non seulement les mœurs, mais encore la loi civile obligeaient l'héritier à continuer les sacrifices aux dieux du foyer, après la mort du *paterfamilias*. L'indifférence et le scepticisme ne tardèrent pas, cependant, à faire disparaître ces sentiments et ces croyances ; mais on ne rejette pas d'un seul coup et brusquement des traditions léguées par plusieurs générations : ces cérémonies antiques, on les accomplissait toujours, bien qu'on éprouvât les doutes les plus sérieux sur l'existence de ces dieux auxquels s'adressaient les sacrifices. Lorsqu'une personne venait à mourir, son héritier recueillait, en même temps que ses biens, le culte de ses *sacra* et devait l'entretenir. C'était une gêne, et voici le moyen que les femmes imaginèrent pour s'en débarrasser : une femme était-elle appelée à une succession, immédiatement elle se mettait à la recherche d'un vieillard célibataire et faisait *coemptio* avec lui. Ce dernier lui donnait ordre de faire adition et devenait ainsi héritier, c'est-à-dire qu'il recueillait dettes et biens, et en outre se trouvait chargé de l'entretien des *sacra*. Grâce au contrat de fiducie que la femme avait eu soin de passer avec son *coemptionator*, celui-ci l'affranchissait et lui restituait dettes et biens de la succession, mais n'en conservait pas moins le titre d'héritier, en vertu de la règle *semel heres, semper heres*, et en cette qualité, était tenu du culte des *sacra*. L'honneur était sauf, les vieux préjugés respectés, et la femme débarrassée d'une charge gênante. La somme nécessaire à l'entretien de ce culte et une légère rémuné-

ration étaient données au vieillard complaisant¹. On avait soin de le choisir aussi âgé que possible et infirme, afin que ce culte ne tardât pas à disparaître par suite de sa mort², et que le salaire qu'il exigeait comme prix de ses services fût moins élevé. Un procédé encore plus économique consistait à se rendre au marché et à y acheter à très bas prix un esclave vieux et hors de service; la femme l'affranchissait, et jouait avec lui la scène que nous venons de décrire³.

On comprend que, parvenus à ce degré d'indifférence, les Romains n'avaient plus qu'un pas à faire pour en arriver au délaissement complet du culte des *sacra*. A cet abandon correspondit la disparition de la *manus sacrorum interimendorum causa*.

112. — Telle fut la fin de la *manus* fiduciaire, dernier vestige de l'antique *manus matrimonii causa*. Son apparition dans la législation romaine dut être assez tardive, car, avec elle, nous assistons au curieux spectacle de jurisconsultes cherchant par des subtilités ingénieuses à éluder certaines difficultés légales. Or, à coup sûr, de semblables procédés ne se rencontrent pas dans une législation primitive; ils supposent un esprit juridique déjà affiné, se rendant compte des imperfections que présentent les institutions existantes et cherchant à y porter remède.

1. Cicéron, *Pro Murena*, 12. Dans ce passage, Cicéron se plaint amèrement de cette décadence des mœurs et déclare cette application de la *manus* contraire au respect que les anciens Romains professaient pour le culte des *sacra*.

2. De là l'expression *manus sacrorum interimendorum causa*.

3. Cicéron, *Ad familiares*, VII, 29. — Plaute, *Bacch.* IV, 9, 52. — Von Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 276.

Combien cette *manus* fiduciaire était loin du type qui lui avait servi de modèle ! Quelle différence dans leur essence même ! L'une n'étant qu'un simple instrument destiné à atteindre certains buts juridiques, l'autre constituant un lien fort, solide, qui assurait l'unité et la cohésion de la famille et par là, la grandeur du peuple romain. La première était une sorte de moyen de procédure, une pure question de forme, la seconde, une des bases de l'édifice social des Romains. Chose curieuse, ce fut la *manus* fiduciaire, transformation de la *manus* véritable, qui contribua, en favorisant l'indépendance de la femme, à porter les derniers coups à celle dont elle était issue. Avec la *manus matrimonii causa* disparurent les mœurs pures et austères des anciens Romains, le caractère sacré et durable du mariage. Nous en sommes arrivé à une époque où les passions déréglées, la frivolité des unions, ont chassé les anciennes vertus domestiques ; celles-ci avaient fait la force de Rome, celles-là amèneront sa décadence.

DROIT FRANÇAIS

DU SORT DES ACTES ACCOMPLIS PENDANT

LA PÉRIODE SUSPECTE

PAR

LE FAILLI OU LE LIQUIDÉ JUDICIAIRE

DROIT FRANÇAIS

DU SORT DES ACTES ACCOMPLIS PENDANT

LA PÉRIODE SUSPECTE

PAR LE FAILLI OU LE LIQUIDÉ JUDICIAIRE

INTRODUCTION

NOTIONS GÉNÉRALES. — HISTORIQUE

1. — Toutes les législations modernes se sont préoccupées de la situation du commerçant qui ne remplit pas ses engagements; elles ont recherché un système de procédure faisant retomber autant que possible les pertes d'une façon égale sur tous les créanciers. Chez nous, cette procédure s'appelle la faillite¹. Son but est de sauvegarder les intérêts des créanciers et d'atténuer les inconvénients résultant pour eux du mauvais état des affaires de leur débiteur. Pour arriver à ce résultat, la loi a pris certaines mesures destinées à empêcher la disparition ou la diminution de l'actif, et à assurer sa répartition proportionnelle entre tous les ayants droit².

2. — La faillite est prononcée par jugement du tribunal de commerce. Dès ce moment, le failli est immédiatement dessaisi de l'administration de ses biens; les poursuites individuelles sont interdites, et

1. De *fallere*, manquer.

2. *Aperçu historique du développement de la faillite, Annales de droit commercial*, année 1890, p. 112.

la protection des intérêts collectifs se manifeste par la direction autonome de la masse créancière représentée par le syndic. Ce dernier est chargé, sous la surveillance du juge-commissaire, de réaliser les actes nécessaires pour parvenir à la solution de la faillite. Voilà le danger conjuré pour l'avenir. Mais, en fait, le tribunal ne prononce pas la faillite le jour même où le débiteur cesse ses paiements. Rarement un négociant, même des plus honnêtes, dépose son bilan au moment où sa situation devient embarrassée ; il lutte contre la mauvaise fortune, il essaie de prolonger sa vie commerciale, espérant toujours sortir victorieux de cette crise passagère, grâce à d'heureuses spéculations. Si ses prévisions se réalisent, la catastrophe est évitée et la loi n'a pas à intervenir. Malheureusement, ces opérations, loin de lui procurer les bénéfices sur lesquels il comptait, ne font souvent qu'augmenter le déficit ; la situation, au lieu de s'améliorer, s'aggrave : les échéances arrivent, les protêts se succèdent. Pour éviter les poursuites, le débiteur se procure de l'argent en vendant des marchandises à vil prix, désintéresse les créanciers les plus pressants ou leur concède des sûretés spéciales. Ce n'est pas tout : la faillite est pour certaines personnes, qui mettent l'argent au dessus de l'honneur, un moyen de faire fortune ; elles cherchent à réaliser rapidement des bénéfices considérables, et si leur commerce périclité, se hâtent de transmettre la plus grande partie de leurs biens à des parents ou à des amis complaisants ; lorsque la faillite est déclarée, l'actif à distribuer est nul ou complètement insignifiant. Evidemment, de semblables fraudes ne pou-

vaient être tolérées. Il eût été aussi profondément injuste de permettre que des créanciers, moins exigeants ou moins bien informés, fussent contraints de se contenter de ce que leur débiteur voulait bien leur laisser, tandis que d'autres, plus avides ou mieux renseignés, auraient reçu intégralement ce qui leur était dû. La faillite est un événement dont les conséquences doivent être supportées également par tous et le législateur est tenu de veiller à ce que les uns ne s'enrichissent pas au détriment des autres. Son intervention se conçoit d'autant mieux en notre matière que le droit commun n'aurait offert aux créanciers lésés qu'une protection bien insuffisante. Sans doute ils auraient eu à leur disposition l'article 1187 du Code civil ; mais, pour triompher dans l'exercice de l'action Paulienne, il faut d'abord prouver la fraude de celui qui a accompli l'acte préjudiciable. Or, il arrive souvent qu'un commerçant, aux approches de la faillite, cherche à retarder sa chute en faisant certaines opérations qui, tout en étant exemptes de fraude, sont cependant nuisibles à ses créanciers. Dans ce cas, ces derniers se seraient trouvés complètement désarmés. De plus, quand on invoque l'article 1167 du Code civil, on doit établir la complicité du tiers et démontrer que l'acte attaqué a créé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur. Cette double preuve aurait rendu à peu près illusoire le secours de l'action Paulienne. Il était nécessaire de créer un système de nullités fondé sur une base plus large et mieux en rapport avec les besoins et les exigences du commerce.

3. — Indiquons rapidement les dispositions de la loi à cet égard : il y a lieu de distinguer trois périodes.

La première part du jugement déclaratif de faillite, et se prolonge jusqu'à la clôture de la procédure. Pendant ce temps, tous les actes passés par le débiteur sont nuls à l'égard de la masse; le failli, dessaisi de l'administration de ses biens, ne peut, par suite, causer aucun préjudice à ses créanciers.

La deuxième précède la cessation des paiements. Aucune restriction n'est apportée au droit de disposition du commerçant; il accomplit valablement tous les actes de la vie civile ou commerciale. Commit-il une fraude? ses créanciers peuvent, conformément au droit commun, faire tomber l'acte qui leur nuit. Le Code de commerce étant muet sur ce point, on se trouve ainsi soumis aux règles de la loi civile¹.

La troisième période que l'on appelle *période suspecte*, ne comporte pas un nombre de jours invariable; sa durée change suivant les cas. Elle a pour point de départ le jour de la cessation des paiements; dans certaines hypothèses, elle comprend même les dix jours précédents. Elle s'étend jusqu'au jugement déclaratif de faillite. La date de la cessation des paiements est déterminée par le tribunal au moment où il prononce la faillite, ou, s'il n'a pas alors des éléments suffisants d'appréciation, par une décision rendue postérieurement. Le pouvoir du juge sur ce point est sans limites : il a le droit de faire remonter la cessation des paiements à une époque

1. Paris, 13 mars 1890, *Journal des faillites*, 1890, p. 397. Une controverse s'est élevée sur le point de savoir si le syndic pouvait lui-même intenter l'action Paulienne au nom des créanciers lésés. La jurisprudence semble incliner vers l'affirmative (Bordeaux, 14 avril 1886, *Journal des fail.*, 1887, p. 34). Cette solution nous paraît plus pratique que juridique.

très éloignée; il examine la situation du débiteur et décide d'après les circonstances de la cause. C'est une pure question de fait dans le détail de laquelle nous n'avons pas à entrer.

4. — Certains codes européens et le nôtre, jusqu'à la révision de 1838, ont fait du temps suspect un délai fixe. C'est irrationnel en même temps que peu équitable : les actes causant préjudice à la masse, et accomplis par le débiteur qui se sent dans une situation embarrassée, n'apparaissent pas toujours d'une façon immuable, dix jours ou un mois avant la faillite. Rien de plus variable : il peut se faire qu'un commerçant ait éprouvé des embarras et se soit vu obligé de recourir à des expédients contraires aux intérêts de la masse, fort longtemps avant sa mise en faillite. Parfois, au contraire, cet état de gêne aura précédé de quelques jours seulement le dépôt du bilan. Avec le système d'un délai déterminé d'une façon uniforme pour tous les cas, on court le risque de laisser subsister des opérations portant préjudice à la masse, et préparées de longue main par le débiteur.

5. — Il ne faudrait pas croire que les nullités édictées par les articles 446 et suiv. C. Co., soient la conséquence d'une incapacité frappant le commerçant à partir de la cessation de ses paiements. Non, il reste pleinement capable, même une fois le jugement déclaratif de faillite prononcé; cela est si vrai, que les actes qu'il accomplit après cette époque sont valables en eux-mêmes, seulement ils ne peuvent être exécutés au détriment de la masse. Pour nous, ces nullités sont la sanction d'une sorte de dessaisissement anticipé du failli; pendant la période sus-

pecte, il y a une indisponibilité relative et partielle frappant les biens du débiteur. C'est le prolongement, dans le passé, du dessaisissement de l'article 443, mais dessaisissement restreint dans son étendue, limité à certains actes, et qui, parfois, n'a qu'un caractère facultatif (art. 447).

6. — Tous les actes passés par le failli, depuis la cessation des paiements jusqu'au jugement déclaratif de faillite, ne subissent pas le même sort. La loi de 1838 établit deux classes de nullités : 1° *Nullités de droit*. Le tribunal est obligé de déclarer nuls certains actes énumérés par l'article 446 C. Co., lorsqu'ils sont attaqués par les créanciers ; 2° *nullités facultatives*. Le juge conserve, à l'égard d'autres actes, toute sa liberté d'appréciation : il peut les maintenir ou les annuler. Dans cette deuxième catégorie, nous ferons rentrer les nullités concernant les inscriptions des privilèges et hypothèques, qui sont également facultatives.

Une observation commune à toutes ces nullités, c'est qu'elles existent uniquement dans l'intérêt de la masse ; elle seule a le droit de s'en prévaloir.

7. — Le législateur n'est pas arrivé du premier coup à formuler ces règles, qui, sans être à l'abri de toute critique, offrent cependant beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients ; il y a eu des tâtonnements, des essais. La tâche, du reste, était délicate : il s'agissait, en effet, de concilier des intérêts absolument opposés, celui de la masse et celui du crédit. L'un exige que l'on annule le plus grand nombre d'actes possible, pour augmenter l'actif du débiteur et, partant, le dividende que touchera cha-

cun des créanciers. L'autre veut que l'on maintienne les conventions que le commerçant a passées avec les tiers pendant la période suspecte; autrement, si l'on frappe indistinctement tous ces actes, si surtout, pour les atteindre, on fait remonter la cessation des paiements à une époque très éloignée, plus de sécurité; les relations d'affaires avec les commerçants seront rendues ainsi très dangereuses et très difficiles.

8. — Jetons un coup d'œil sur le passé et examinons les différentes mesures prises pour venir en aide aux créanciers.

Nous ne dirons que fort peu de choses de la législation romaine, qui, du reste, ignorait la faillite telle que la conçoivent les peuples modernes : lorsqu'un débiteur, commerçant ou non, ne pouvait faire face à ses engagements, ses créanciers étaient envoyés en possession de ses biens. Celui que nous appellerions aujourd'hui le failli était, dès ce moment, dessaisi de l'administration de son patrimoine, qui, après certains délais et plusieurs formalités, était adjugé au créancier promettant de payer le plus fort dividende. Si des actes frauduleux avaient été accomplis par le débiteur en déconfiture avant la *missio in possessionem*, la loi romaine n'offrait aux créanciers lésés aucun moyen spécial de les faire annuler; ils devaient se servir des voies de recours du droit commun. Etaient-ils en présence d'un affranchissement frauduleux, la loi *Ælia Sentia* le déclarait nul de plein droit. S'agissait-il d'un acte d'une autre nature, ils avaient à leur disposition, suivant des distinctions dans lesquelles nous ne voulons pas

entrer, l'*in integrum restitutio*, l'interdit fraudatoire et l'action Paulienne¹. Chacun des créanciers ne pouvait agir à son gré et pour son propre compte : c'eût été multiplier les complications et les frais. L'action devait être exercée par le *curator* ou, à son défaut, par celui que les créanciers avaient choisi ou qui avait été désigné par le prêteur (L. 1, pr. D. *Quæ in fraud. creditorum*). Pour réussir dans une instance de ce genre, le demandeur était obligé d'établir que le tiers était *consciis fraudis*; mais on peut vraisemblablement conjecturer que la notoriété de la déconfiture suffisait pour prouver sa complicité².

9. — Il nous faut maintenant franchir plusieurs siècles et nous transporter en Italie pour y trouver l'organisation de la faillite et l'apparition des règles dont quelques-unes sont encore en vigueur aujourd'hui.

Vers le xv^e siècle, les petites Républiques du nord de l'Italie brillèrent d'un vif éclat; le commerce y prit un essor rapide. A Gènes, par exemple, il était tellement répandu que tout citoyen était réputé commerçant. Parmi les nombreux monuments législatifs qui datent de cette époque, c'est le statut de Gènes, imprimé en 1498 et réformé en 1588, qui nous offre l'exposé le plus complet de toutes les décisions importantes en matière commerciale. En ce qui concerne le point spécial qui fait l'objet de notre étude,

1. Voir : Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, pp. 1087 et suiv., notamment p. 1089, note 1. — Garraud, *De la déconfiture et des améliorations dont elle est susceptible*, pp. 37 et suiv.

2. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 14, note 1.

nous y voyons que « les biens cédés en paiement, « pendant les quinze jours qui ont précédé la faillite, « sont rapportés à la masse et la déclaration fait « remonter l'ouverture au jour de la disparition ou « de la fuite¹. » La faillite n'était pas prononcée par jugement ; elle résultait de l'aveu du débiteur ou de la preuve faite par le créancier que le débiteur devait plus de mille livres. Partout on avait compris le danger de maintenir, au regard de la masse, les actes passés par un individu sur le point de tomber en faillite, et tous les statuts mentionnent l'existence d'une période suspecte pendant laquelle les actes passés par le débiteur étaient réputés frauduleux sans qu'on eût à démontrer l'intention de nuire à la masse : « *Faillitus, ergo fraudator,* » disait Balde, et Casaregis ajoutait : « *inter decoctum et esse proximum* « *decoctioni, in jure nulla adest differentia.* » L'étendue de cette période variait seulement suivant les cités ; elle comprenait tantôt un mois, tantôt quinze jours, souvent dix et parfois deux. Malgré cette fixité de la période suspecte, les juges pouvaient l'étendre dans certains cas, et annuler des actes qui leur paraissaient entachés de fraude².

10. — Chez nous, pendant fort longtemps, on

1. Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, préface, p. xvi ; t. I, p. 386.

2. Cons. sur les statuts des différentes villes italiennes : Renouard, *Traité des faillites et des banqueroutes*, t. I, pp. 20 et suiv. — Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 59 et les notes. — Massé, *Droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. II, n° 1211. Voir également l'article précité : *Aperçu historique du développement de la faillite*, *Annales de droit commercial*, 1890, p. 112.

laissa les créanciers du failli sous l'empire du droit commun. Henri IV voulut essayer de mettre un terme aux fraudes nombreuses qui étaient déjà commises à cette époque, par les commerçants dans l'embaras, et rendit au mois de mai 1609 un édit, enregistré par le Parlement le 4 juin suivant, qui s'exprimait ainsi : « ...*Et néanmoins, parce que le plus souvent lesdits banqueroutiers font faillite en intention d'enrichir leurs enfants et héritiers, et pour couvrir plus aisément leur dessein malicieux, font transport et cessions de leurs biens à leurs dits enfants, héritiers ou autres, leurs amis, afin de les leur conserver, nous avons, par le même moyen, déclaré et déclarons tels transports, cessions, ventes et donations de biens meubles ou immeubles faits en fraude des créanciers, directement ou indirectement, nuls et de nul effet ou valeur, faisant défense à tous nos juges d'y avoir égard ; au contraire, s'il leur appert que lesdits transports, donations et ventes soient faites et acceptées en fraude desdits créanciers, voulons les cessionnaires, donateurs et acquéreurs être punis comme complices desdites fraudes et banqueroutes...* » Cette disposition n'atteignit pas le but qu'on s'était proposé : d'une part, elle n'indiquait pas dans quelle période devaient avoir été accomplis ces actes pour pouvoir être annulés ; d'autre part, elle frappait de peines trop fortes les cessionnaires et acquéreurs. En présence d'une législation aussi vague et aussi sévère, les juges n'appliquaient pas l'édit.

11. — Un grand progrès fut réalisé quelques années plus tard : les négociants de Lyon, en con-

tact fréquent avec les commerçants italiens, leur empruntèrent les règles qui régissaient la faillite chez eux. En l'année 1667, ils formèrent un Règlement de ces dispositions qui étaient déjà en vigueur dans leur ville depuis plusieurs années et ce Règlement, qui porte la date du 2 juin 1667, fut homologué par arrêt du Conseil du 7 juillet suivant. Nous y trouvons, dans l'article 13, la période suspecte des statuts italiens qui était ainsi introduite en France pour la première fois : « *toutes cessions et transports sur les effets des faillis seront nuls s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue.* »

Malheureusement, ce Règlement ne s'appliquait qu'à la seule ville de Lyon. Le reste de la France était encore soumis à l'édit de 1609. On aurait pu croire que la grande Ordonnance du mois de mars 1673, applicable à toute la France, allait reprendre et développer les dispositions du Règlement de 1667 ; mais les faillites et banqueroutes n'y sont traitées qu'en 13 articles ; un seul est consacré à notre matière, c'est l'article 4 du titre XI, ainsi conçu : « *Déclarons nuls tous transports, cessions, ventes et donations de biens, meubles ou immeubles, faits en fraude des créanciers. Voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets.* » C'était purement et simplement donner aux créanciers l'exercice de l'action Paulienne.

12. — Après 1673, notre législation sur les faillites ne demeura pas stationnaire. Les dispositions prises pour étendre ou modifier notre grande Ordonnance sur le Commerce furent extrêmement nom-

breuses. Nous ne pouvons les citer toutes, la plupart d'entre elles ne se rattachant pas à notre sujet ; bornons-nous seulement à reproduire une partie de la Déclaration du 18 novembre 1702 qui fut nécessitée par les fraudes nombreuses commises par des débiteurs sur le point de tomber en faillite, fraudes dont se plaint amèrement le rédacteur de la Déclaration dans son préambule. Voici les mesures édictées par ce monument législatif et empruntées, comme on va le voir, au règlement de la Ville de Lyon : « *Voulons* « *que toutes cessions et transports sur les biens des* « *marchands qui font faillite seront nuls et de nulle* « *valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant* « *la faillite publiquement connue ; comme aussi que* « *les actes et obligations qu'ils passeront par devant* « *notaires au profit de quelques-uns de leurs créan-* « *ciers, ou pour contracter de nouvelles dettes,* « *ensemble les sentences qui seront rendues contre* « *eux, n'acquerront aucune hypothèque ni préférence* « *sur les créanciers chirographaires, si lesdits actes* « *et obligations ne sont passés et si lesdites sentences* « *ne sont rendues pareillement dix jours au moins* « *avant la faillite publiquement connue*¹. »

13. — C'était là un progrès, mais bien insuffisant. Tout était encore environné d'obscurité et l'on n'indiquait même pas le moyen de mettre en œuvre l'appareil légal. La Déclaration de 1702 parlait seulement de faillite *publiquement connue* ; il n'y avait donc pas de jugement déclaratif. La nullité des actes passés pendant la période suspecte ne pou-

1. Remarquons toutefois l'innovation relative aux hypothèques ; le règlement de la ville de Lyon était muet sur ce point.

vait être invoquée qu'au cas de fuite du débiteur ou d'apposition des scellés ; il est vrai que les auteurs mettaient sur la même ligne le dépôt spontané du bilan par le débiteur¹. Néanmoins, un peu plus de précision sur ce point n'aurait pas été superflu. Souvent il arrivait qu'un débiteur ayant des créanciers éloignés s'entendait avec ceux qui étaient présents, leur distribuait une partie de son actif, mettait le reste en sûreté et s'assurait l'impunité, grâce à des lettres de répit, frustrant ainsi ses autres créanciers qui ignoraient sa situation..

14. — On vécut sous ce régime jusqu'à la rédaction du Code de commerce.

Les législateurs de 1807 décidèrent que la faillite devait désormais être prononcée par le tribunal de commerce (ancien art. 441). C'était une amélioration utile et depuis longtemps vivement désirée. Ce même tribunal était également investi du droit de fixer la date de la faillite et pouvait ainsi la faire remonter à plusieurs années en arrière. Par excès de sévérité, on déclara le failli dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, à partir de l'ouverture de la faillite ; comme conséquence, les actes qu'il avait passés depuis cette époque étaient frappés de nullité (ancien art. 442).

Tous actes translatifs de propriétés immobilières à titre gratuit faits par le failli dans les dix jours qui précédaient l'ouverture de la faillite étaient nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers (ancien art. 444).

1. Jousse, *Com. sur l'Ordon.*, XI, art. 1^{er}, sous le n^o 4.

Etaient seulement annulables les actes du même genre, à titre onéreux, s'ils paraissaient aux juges empreints de fraude (même article). On élevait une présomption de fraude contre les actes et engagements pour faits de commerce contractés par le débiteur dans les dix jours précédant l'ouverture de la faillite; le créancier qui voulait les faire tomber n'avait qu'à prouver la complicité du tiers (ancien art. 445).

Les sommes payées, pendant la même période, pour dettes commerciales non échues, devaient être rapportées et nul ne pouvait acquérir privilège ou hypothèque sur les biens du failli (anciens art. 446 et 443). Enfin l'article 447 réservait aux créanciers l'exercice de l'action Paulienne.

15. — Si l'on compare ces dispositions à celles de la Déclaration de 1702, on s'aperçoit que les rédacteurs du Code de commerce, loin de vouloir adoucir la législation préexistante, ont eu, au contraire, l'intention de la rendre plus sévère. Les commerçants ne tardèrent pas à formuler d'énergiques réclamations, qui n'étaient pas sans fondement : les tribunaux pouvaient, dans le jugement déclaratif de faillite ou dans un jugement de report subséquent, faire remonter la faillite à un grand nombre d'années en arrière; pour ne citer qu'un exemple, la Cour de cassation fut saisie, le 22 juillet 1823, d'une espèce dans laquelle on avait reporté l'ouverture de la faillite à vingt années en arrière. Que l'on songe aux conséquences qui en résultaient ! Tous les actes passés depuis cette époque et les dix jours précédents tombaient par suite du dessaisissement qui avait frappé

le failli. Dans ces conditions, qui oserait traiter avec un commerçant? La jurisprudence comprit vite les dangers d'une telle situation et fit elle-même œuvre de législateur. Équivoquant sur les termes de l'article 442, elle décida que le premier jour de la faillite était non pas celui de son ouverture réelle, mais celui du jugement qui la déclarait; on en tirait cette conséquence que le dessaisissement du failli ne commençait qu'à ce moment. L'équité était respectée, mais le texte de l'article 442 ouvertement violé¹.

16. — Ces solutions de la jurisprudence qui pouvait varier d'un jour à l'autre, ne rassuraient pas complètement le commerce. En outre, d'autres critiques fort vives étaient dirigées contre la législation des faillites : son excessive rigueur avait eu pour résultat de faire délaisser la procédure normale de la faillite pour lui substituer une liquidation amiable, sans contrôle, où les fraudes étaient faciles. L'intervention du législateur s'imposait : à la date du 13 novembre 1833, M. Barthe, Garde des sceaux, nomma une commission qui elabora un projet voté par la Chambre des Pairs le 14 mai 1838. Cette nouvelle loi, promulguée le 28 mai de la même année, nous régit encore actuellement : elle consacre quatre articles (446 à 449) aux effets du jugement déclaratif de faillite sur les actes accomplis par le failli pendant la période suspecte.

17. — Malgré les réformes utiles et les améliorations nombreuses qu'elle apportait, cette loi, fruit de

1. Ces principes sont nettement affirmés par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mai 1823, rapporté par Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 347.

travaux remarquables et de discussions approfondies, n'en fut pas moins attaquée avec vigueur. Cependant, jusqu'en 1889, elle n'a été modifiée que sur des points de détail : le 17 juillet 1856, on introduisit dans le Code de commerce le concordat par abandon d'actif. La loi du 12 février 1872 régla la situation du propriétaire des lieux loués par le failli. Pour être complet, signalons encore les dispositions transitoires prises lors des événements de 1848¹ et de 1870².

18. — L'année 1889 devait voir enfin aboutir les réclamations des commerçants et, le 4 mars, paraissait au *Journal officiel* la *Loi portant MODIFICATION A LA LÉGISLATION DES FAILLITES*. Désormais le commerçant de mauvaise foi et celui qui a été simplement malheureux ne sont plus placés sur la même ligne : le premier reste soumis aux rigueurs de la faillite ; le second bénéficie d'une procédure plus douce, la liquidation judiciaire, n'entraînant pas à son égard les déchéances qui l'atteignaient autrefois. On est parti de cette idée, que le débiteur dont les affaires étaient embarrassées redoutait avant tout les incapacités prononcées contre lui, au cas de faillite, par la loi de 1838, et l'on en a conclu que si l'infamie et le déshonneur cessaient de frapper celui qui se trouvait dans l'impossibilité de tenir ses engagements, tout commerçant qui ne pourrait plus faire face à ses affaires déposerait immédiatement son bilan. Ainsi seraient évités les fraudes et les expédients employés d'ordinaire pour éviter ou retarder la faillite. Mais si

1. Renouard, *Traité des faillites*, t. I, pp. 180 et suiv.

2. Décret du Gouvernement de la Défense nationale des 7-14 septembre 1870 et loi des 22 avril-9 mai 1871.

le débiteur qui invoque les dispositions de la loi nouvelle a cependant commis des actes portant atteinte aux droits des créanciers, ceux-ci seront-ils fondés à se prévaloir des dispositions du Code de commerce écrites en vue de la faillite? Existe-t-il en matière de liquidation judiciaire une période suspecte?

19. — On a soutenu qu'une différence considérable séparait la liquidation judiciaire de la faillite. Dans la première, on ne retrouverait plus ni la période suspecte ni les nullités de la seconde. Un projet de loi fut déposé en 1884, et il contenait l'importante innovation que nous venons de signaler. Or, dit-on, c'est ce projet qui a été repris en 1888, et l'intention du législateur était la même à cette époque qu'en 1884; ce sont les mêmes motifs qui l'ont inspiré, les mêmes principes qui l'ont guidé. « La liquidation
« judiciaire, disait en effet le rapporteur, y est éta-
« blie dans les mêmes conditions que celles que nous
« avons adoptées... Ce projet ne peut être considéré
« comme un projet nouveau, car il est la reproduc-
« tion, dans ses parties essentielles, de celui qui
« figure à votre ordre du jour¹. » Du reste, comment comprendre cette période suspecte et ces nullités, puisque la liquidation judiciaire n'est accordée qu'à un commerçant honnête, de bonne foi? Ce que l'on redoute du failli, on n'a pas à le craindre du liquidé. Cependant si, contrairement à ces prévisions, un liquidé commettait quelque fraude avant le jugement d'ouverture de liquidation, les créan-

1. Rapport de M. Laroze du 9 juin 1888. — *Journ. Off.*, doc. parlem. de juillet 1888, p. 730.

ciers ne seraient pas absolument désarmés, ils auraient à leur disposition l'article 1167 C. Civ. et pourraient faire déclarer la faillite. On ajoute : si les auteurs de la loi de 1889 avaient voulu établir une période suspecte, ils auraient certainement indiqué quelles personnes représenteraient la masse, qui pourrait, en son nom, intenter les actions en nullité. Or, sur tous ces points, la nouvelle loi est complètement muette. Son but est de diminuer les frais, de hâter la solution de la procédure; n'est-ce pas aller précisément contre le désir du législateur que de permettre d'intenter ces actions en nullité, qui sont une source de procès, absorbent une grande partie de l'actif et retardent la distribution des dividendes ¹?

20. — Malgré la valeur des arguments mis en avant pour soutenir cette doctrine, il nous semble préférable de suivre une autre théorie qui cadre mieux avec les textes de la loi du 4 mars 1889. Sans doute, lorsque le premier projet fut déposé en 1884, on voulait apporter entre la faillite et la liquidation la différence dont nous avons parlé précédemment. Mais en 1888, quand la discussion fut reprise, on semble avoir abandonné cette idée. Le nouveau projet est bien,

1. Cette opinion a été soutenue presque immédiatement après la promulgation de la loi par M. Bailly, doyen de la Faculté de droit de Dijon, dans son examen de quelques difficultés découlant de la loi du 4 mars 1889, publié dans les *Annales de droit commercial*, 1889, pp. 49 et suiv. — Voir aussi en ce sens : Goguet, *Des effets du jugement déclaratif de liquidation judiciaire*, thèse, 1890. — Cons. également Dalloz, *Jurisprudence Générale*, Supplément, t. VIII, 1891. V^o *Faillites et liquidation judiciaire*, n^{os} 119 et suivants, spécialement n^o 122.

selon les expressions du rapporteur, la reproduction de celui de 1884 dans ses parties essentielles, mais ces parties essentielles, ce sont, en première ligne et surtout, l'absence de déchéances, frappant le débiteur, et une simplification de la procédure. On n'a dérogé à la législation de 1838 que par des dispositions expresses, formelles; pour le surplus, elle reste en vigueur. La loi de 1889 est une pierre d'attente; on s'est hâté de la voter pour donner satisfaction à l'opinion publique. De là un manque de concordance, d'homogénéité qu'on peut, à bon droit, lui reprocher. Mais, dans l'état actuel des textes, il nous semble impossible de ne pas reconnaître que la période suspecte existe, même au cas de liquidation judiciaire. C'est d'abord l'article 24, qui porte que « toutes les « dispositions du Code de commerce, qui ne sont pas « modifiées par la présente loi, continueront à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire « comme en cas de faillite. » Or, aucun article de cette loi ne parlant de la suppression de la période suspecte, nous devons en conclure forcément qu'elle a été maintenue. Qu'on ne dise pas que l'attention du législateur n'a pas été attirée sur ce point : à la séance de la Chambre des députés du 20 octobre 1888, M. de la Batie, frappé des inconvénients que présentait la détermination de la période suspecte, laissée à l'arbitraire des tribunaux, a proposé, sur l'article 19, un amendement ainsi conçu : « L'époque de la cessation des paiements ne pourra jamais être reportée « à plus de deux ans de la date *du jugement déclarant la liquidation ouverte* ou de la date du jugement prononçant la faillite, s'il n'y a pas eu de

« jugement d'ouverture de la liquidation. » C'était reconnaître clairement que la liquidation judiciaire comportait une période suspecte, exactement comme la faillite. Cet amendement fut repoussé, il est vrai, sur les conclusions du rapporteur, mais pour quels motifs? Si les idées émises par M. de la Batie n'avaient pas été celles des auteurs du projet et du rapporteur, immédiatement on aurait protesté; on aurait fait remarquer à l'orateur qui soutenait l'amendement que son observation manquait de portée, puisqu'il n'y avait pas de période suspecte en cette matière. Au lieu de cela, le rapporteur s'est contenté de répondre : « Je crois que les observations de « M. de la Batie auraient leur place dans une discus-
« sion du projet complet de réforme de la loi des
« faillites... » Cette réponse ne contient-elle pas un aveu implicite ¹ ?

On insiste cependant : aucun article ne parle de cette période suspecte, n'en fixe le point de départ, n'indique si un jugement de report pourra être prononcé. Or, toutes ces questions auraient été examinées et résolues si l'on avait voulu maintenir en notre matière les nullités des articles 446 à 449. Mais c'était complètement inutile en présence du renvoi général fait par l'article 24. En outre, nous trouvons dans l'article 19 la preuve qu'un jugement de report est susceptible d'intervenir. Ce texte décide que la liquidation judiciaire pourra être transformée en faillite, s'il est reconnu que la requête à fin de liquidation judiciaire n'a pas été présentée dans les quinze

1. *Journ. Offic.* du 21 octobre 1888. — Chambre des Députés, débats parlementaires, p. 2239.

jours de la cessation des paiements. N'est-ce pas laisser entendre que le jugement fixe provisoirement et non d'une manière définitive la date de cessation des paiements? En effet, si le tribunal a accordé au commerçant le bénéfice de la liquidation judiciaire, c'est qu'il a constaté que ce dernier avait déposé son bilan dans le délai prescrit par la loi; s'il transforme plus tard la liquidation en faillite, c'est qu'il s'est aperçu qu'il avait commis une erreur en déterminant la date de la cessation des paiements; il est revenu sur sa décision première; il a donc rendu un jugement de report. Cette solution se conçoit d'autant mieux que le jugement d'ouverture de liquidation est rendu sur la seule requête du débiteur, sur ses explications, en chambre du conseil et sans aucun contrôle ¹.

Enfin on peut encore invoquer en faveur de notre théorie l'article 19, deuxième alinéa 1^o, d'après lequel le tribunal doit prononcer la faillite à toute période de la liquidation « si depuis la cessation de
« ses paiements ou dans les dix jours précédents le
« débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans
« les articles 446 à 449 C. Co., mais dans le cas
« seulement où la nullité aura été prononcée par les
« tribunaux compétents, ou reconnue par les par-
« ties. »

Ces nullités ne résultent que d'un jugement; ce n'est pas du jugement déclaratif de faillite, puisqu'elles le précèdent nécessairement, ce ne peut donc être que du jugement ouvrant la liquidation judiciaire.

1. Douai, 4 novembre 1889, *Dal.*, 90, 2, 33 et la note de M. Boistel qui accompagne cet arrêt.

Quant à l'action, personne, dit-on, ne pourra l'exercer. Nous essayerons d'établir dans notre troisième chapitre, section II, qu'elle sera intentée par le liquidateur, qui, dans certains cas, est chargé de représenter la masse ¹.

21. — Cette controverse tranchée, abordons maintenant le commentaire des articles 446 à 449 C. Co. Nous diviserons nos explications en quatre chapitres. Dans le premier, nous examinerons les nullités de droit, c'est-à-dire celles concernant les actes à titre gratuit, certains paiements et les constitutions de privilèges et d'hypothèques. Le deuxième sera consacré aux nullités facultatives; nous passerons en revue les paiements mentionnés par l'article 447, les règles spéciales au paiement des effets de commerce et les inscriptions d'hypothèques et de privilèges. Les dispositions communes aux articles 446 à 449 feront l'objet de notre troisième chapitre. Enfin, dans le quatrième et dernier, nous jetterons un coup d'œil sur les législations étrangères, et nous nous demanderons si notre loi des faillites n'est pas susceptible de quelques améliorations en ce qui concerne le point particulier dont nous nous occupons.

1. Boistel, note sous un arrêt de la cour de Paris, 12 juillet 1889, *Dal.*, 90, 2, 177. — Rivière, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 4 mars 1889 et du 4 avril 1890*, n^{os} 337 et 337 bis. La jurisprudence est aussi fixée en ce sens : voir l'arrêt de la cour de Paris précité et celui indiqué à la note précédente; en outre, tribunal de commerce de Marseille, 28 janvier 1890, *Journal des fail.*, 1890, p. 235. — Aix, 15 juillet 1890, *Journal des fail.*, 1890, p. 260.

CHAPITRE I

NULLITÉS DE DROIT

22. — Les actes nuls de droit sont énumérés par l'article 446 C. Co. La lecture de ce texte nous montre immédiatement que nous nous trouvons en présence d'actes que le législateur considère comme entachés de libéralité ou de fraude; ces actes constituent ou bien des dispositions à titre gratuit, ou bien des opérations à titre onéreux, mais présentant un caractère anormal, et sortant des habitudes du commerce; leur but commun est la destruction du principe fondamental en matière de faillite : l'égalité entre créanciers.

23. — Nullités de droit, avons-nous dit; il ne faudrait pas se laisser prendre aux apparences, et croire qu'elles existent à l'égard de tous. La nullité ne peut être invoquée que par la masse et l'acte est parfaitement valable vis à vis du débiteur et des tiers. Ainsi un créancier, dans son intérêt propre, distinct de celui de la masse, ne serait pas recevable à attaquer un des actes énumérés par l'article 446.

Ces termes pourraient aussi laisser supposer que la nullité existe de plein droit, sans qu'il soit besoin de la faire prononcer par les tribunaux. Cependant il n'en est rien : dans tous les cas, il faut une demande en justice; mais, lorsque les juges sont saisis, ils sont obligés de prononcer la nullité si l'opération rentre dans l'énumération de l'article 446. Toutefois,

il n'y aurait pas lieu d'intenter l'action en révocation si les parties reconnaissaient elles-mêmes la nullité de l'acte passé par elles.

24. — Pour réussir dans une demande fondée sur l'article 446, plusieurs conditions sont exigées : 1^o il faut que l'acte attaqué ait été accompli pendant la période suspecte ; c'est une question de date qui ne soulève aucune difficulté. Remarquons seulement que la période suspecte de l'article 446 comprend, en outre du temps qui s'écoule entre le jugement prononçant la faillite ou déclarant ouverte la liquidation judiciaire, et la date de cessation des paiements, les dix jours précédents ; 2^o l'acte doit rentrer dans l'énumération limitative de l'article 446.

On ne prend pas en considération la bonne ou la mauvaise foi des tiers ; ils ne sont pas regardés comme complices de la fraude, seulement le législateur n'admet pas qu'un débiteur, à la veille de faire faillite ou d'être déclaré en état de liquidation judiciaire, puisse disposer de son patrimoine à titre gratuit, employer certains modes de paiement et accorder des garanties particulières. Ces opérations, à raison même de leur nature, sont suspectes ; on craint qu'elles ne servent à masquer des avantages faits à certains créanciers. Voilà pourquoi on les annule.

25. — Les conditions requises pour triompher dans l'action en nullité de l'article 446 sont moins strictes, moins rigoureuses que celles de l'action Paulienne. Lorsqu'on invoque l'article 4167 C. Civ., il faut, en effet, prouver la fraude du débiteur, c'est-à-dire établir qu'en accomplissant l'acte attaqué, le débiteur connaissait le préjudice qu'il causait à ses

créanciers. De plus, lorsqu'il s'agit d'actes à titre onéreux, on doit fournir la preuve que le tiers était de mauvaise foi. Cette double condition exigée pour intenter avec succès l'action Paulienne, aurait souvent été fort difficile à réaliser en matière commerciale et l'on a dû, dans l'intérêt de la masse, créer une action plus large, d'un accès plus facile et dans laquelle on ne tient compte ni de la bonne foi du débiteur, ni de celle des tiers.

26. — Les nullités de l'article 446 sont rigoureuses; elles doivent être appliquées strictement et ne pourraient être étendues d'un cas à un autre par analogie.

27. — On peut ranger les actes énumérés par l'article 446 en trois catégories : 1° actes à titre gratuit; 2° certains paiements; 3° certaines constitutions de privilèges et d'hypothèques.

Section I.

Actes à titre gratuit.

28. — Notre texte vise tous les actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit; il est donc plus large que l'ancien article 444, qui ne parlait que de propriétés immobilières. Les rédacteurs de la loi de 1838 ont certainement voulu exprimer ici l'idée que toute donation devait être présumée frauduleuse et, par conséquent, annulée, car il importait d'empêcher le débiteur de diminuer son actif par des libéralités au lieu de le conserver intact

à ses créanciers. Seulement, les termes de l'article 446 ne répondent pas à leur pensée; on peut faire une donation sans opérer un acte translatif de propriété, par exemple, en renonçant à un droit au profit d'une personne, en s'obligeant à titre gratuit pour elle, en lui cédant une créance, en lui transmettant le bénéfice d'une assurance sur la vie¹. Mais aucun doute n'est possible à ce sujet : tous les actes à titre gratuit sont nuls; il y a évidemment identité de motifs. Aussi tous les auteurs sont-ils d'accord sur ce point.

29. — La portée de la disposition que nous étudions est générale et absolue; elle s'applique aussi bien aux donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux qu'à celles faites suivant les formes prescrites par la loi. De même, si la contre-valeur qui doit entrer dans le patrimoine du débiteur ne correspond en réalité qu'à une faible partie de l'objet cédé, cette opération, quoique revêtant la forme d'un contrat à titre onéreux, est une véritable libéralité et peut être annulée à la requête de la masse. Ainsi un commerçant, sur le point de faire faillite, cède son fonds de commerce, c'est-à-dire les marchandises, la clientèle et le droit au bail; mais le prix stipulé ne s'applique exclusivement qu'aux marchandises. Cette cession contient une donation pour le surplus, puisque le vendeur ne reçoit aucun équivalent en échange de la clientèle et du droit au bail. La masse pourra donc intervenir afin de faire respecter ses droits².

1. Grenoble, 2 février 1882, *Sir.*, 82, 2, 406.

2. Cass. 5 avril 1875, *Sir.*, 76, 1, 155.

30. — Les donations rémunératoires tombent-elles également sous le coup de l'article 446? Par exemple, sera-t-il possible d'annuler les donations faites par le débiteur à un de ses commis ou employés pour le récompenser des services qu'il a rendus? Non, en principe, car ce ne sont pas à proprement parler des libéralités; elles constituent le paiement d'une dette. Cependant les tribunaux devront toujours examiner avec soin si la donation n'est pas supérieure au service rendu, et si elle ne doit pas être annulée tout au moins pour partie¹.

31. — Lorsqu'une donation est offerte et acceptée par des personnes présentes, dans un seul et même acte, aucune difficulté ne s'élève : elle est nulle ou valable, selon qu'elle a eu lieu ou non pendant la période suspecte. Mais des complications surgissent au cas de donation *inter absentes*. On sait que, dans cette hypothèse, l'article 932 C. Civ. exige l'acceptation du donataire par acte authentique, et la notification de cette acceptation au donateur. Or, entre la donation et l'acceptation, peut se placer la date de la cessation des paiements. La libéralité sera-t-elle valablement acceptée malgré cet événement? Aucun doute n'est possible sur ce point : la donation n'est parfaite que par l'acceptation. Cette acceptation intervenant pendant la période suspecte, c'est-à-dire à une époque où aucune libéralité ne peut être consentie, ne saurait produire effet.

32. — La question devient plus délicate si l'on suppose la donation acceptée avant la cessation des

1. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 367. — Paradan, *Revue critique*, année 1877, pp. 283 et 284.

paiements et les dix jours précédents, mais la notification de l'acceptation faite seulement après cette époque. Cela revient à se demander si l'on doit considérer la notification comme une condition constitutive de la donation ou, au contraire, comme une simple formalité accessoire. Nous ne voulons pas entrer dans l'examen approfondi de cette question, qui est du domaine du droit civil : à notre avis, la donation n'est pas un contrat qui se forme *solo consensu* ; elle n'est parfaite qu'autant que toutes les formalités prescrites ont été accomplies, et l'acceptation, lorsqu'elle n'intervient pas immédiatement, exige pour sa validité une notification. Tant qu'elle n'est pas faite, on doit considérer la donation comme inexistante. L'article 932 C. Civ. nous paraît très formel sur ce point. Ainsi la notification de l'acceptation pendant la période suspecte se produit à une époque où elle n'est plus susceptible d'intervenir valablement, puisqu'à ce moment le donateur a perdu le droit de faire des libéralités ; ses créanciers pourront donc demander la nullité de la donation ¹.

33. — La solution ne serait plus la même dans le cas où la donation, acceptée en temps utile, n'aurait été transcrite que pendant la période suspecte. La transcription n'est pas, en effet, un des éléments du contrat de donation, ce n'est pas une formalité intrinsèque, c'est seulement une mesure destinée à prévenir les tiers et à rendre la donation inattaquable à leur égard. Or, même pendant la période suspecte,

1. Duranton, t. VIII n° 420. — Laurent, t. XII, n° 264 et suiv. En sens contraire : Demante, t. IV, n° 71 *bis*, VIII. — Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 944, p. 713, note 1.

on peut valablement prendre une mesure, qui a pour but de faire produire effet à un acte valablement consenti, alors que le commerçant était au dessus de ses affaires et que tout soupçon de fraude devait être écarté ; ce qui le prouve surabondamment, c'est l'article 448 C. Co. qui autorise l'inscription des privilèges et hypothèques valablement acquis jusqu'au jugement déclaratif de faillite. La transcription est, pour la donation, ce qu'est l'inscription pour les privilèges et hypothèques ¹.

34. — Une question fort débattue s'élève au sujet des constitutions de dot. Doit-on les considérer comme des actes à titre gratuit et leur appliquer les dispositions de l'article 446 ? La jurisprudence tend de plus en plus à décider que, pour annuler les constitutions de dot, il faut établir un concert frauduleux entre le donateur et les deux époux ; la Cour d'Alger, faisant encore tout récemment l'application de ces principes, considérerait la donation par contrat de mariage comme un acte à titre onéreux à l'égard des conjoints dotés ².

Cette jurisprudence nous semble erronée et dangereuse ; la dot, dit la Cour de cassation, « a pour destination essentielle de mettre le mari en état de supporter les charges du mariage. » Ce n'est pas une véritable donation, puisque, comme contre-partie de

1. Cass., 26 novembre 1845, *Sir.*, 46, 1, 226. — Renouard, t. I, p. 370. En sens contraire : Cass., 23 novembre 1859, *Sir.*, 61, 1, 85.

2. Alger, 29 janvier 1890, *Journ. des fail.*, 1890, p. 439. En ce sens voir également : Cass. 18 janvier 1887, *ibid.*, 1887, p. 145. — Toulouse, 24 janvier 1884, *ibid.*, 1884, p. 151. — Cass., 2 mars 1847, *Sir.*, 47, 1, 186.

ce qu'il reçoit, l'époux doté devra remplir certaines obligations qui lui sont communes avec son conjoint, et que l'un sera tenu d'exécuter à défaut de l'autre.

C'est faire une confusion manifeste : ces charges ne sont pas inhérentes à la constitution de dot et, dès lors, ne peuvent pas avoir pour conséquence de faire dégénérer un acte à titre gratuit en un acte à titre onéreux. Elles dérivent du mariage lui-même et c'est comme mari, comme femme, que chacun des époux en est tenu. Cela est si vrai que la loi n'accorde au donateur aucun moyen pour surveiller l'exécution de ces charges, ou pour contraindre le donataire à les remplir, et qu'au surplus, les mêmes obligations existent alors qu'aucune dot n'a été constituée.

Mais, poursuit-on, les articles 1440 et 1547 C. Civ. soumettent le constituant à l'obligation de garantir la dot, et la garantie est un des éléments des contrats à titre onéreux.

Cette obligation de garantie imposée au constituant ne nous semble pas avoir pour conséquence de faire perdre à la dot son caractère de libéralité. Le donataire aurait certainement pu s'obliger expressément à la garantie ; la loi, par faveur pour le mariage, a sous-entendu cette clause dans tous les cas et il ne nous paraît pas qu'on puisse tirer de ce fait argument contre notre théorie. Rien n'empêche le constituant de se soustraire aux articles 1440 et 1547, en insérant une stipulation de non garantie.

On objecte enfin le grand principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est l'appliquer à contre-temps et en dénaturer la portée : il ne veut dire qu'une chose, c'est que les époux ne peuvent

modifier leurs conventions, une fois le mariage célébré, mais il n'a pas pour effet de restreindre d'une façon quelconque les droits des tiers, autrement ceux qui auraient acquis des droits sur les biens des époux, longtemps avant le mariage, ne pourraient plus les exercer après sa célébration.

Du reste, il est incontestable qu'au regard du donateur, la constitution de dot est une pure libéralité, et il est difficile de concevoir un acte qui serait à titre gratuit pour l'une des parties, et à titre onéreux pour l'autre. En outre, il résulte clairement de plusieurs dispositions de la loi que les actes dont nous nous occupons sont bien à titre gratuit : ils sont, comme toute donation, révocables pour cause de survenance d'enfant, et réductibles quand ils dépassent la quotité disponible. Nous n'hésitons donc pas à faire tomber les donations en faveur du mariage sous l'application de l'article 446 et à les déclarer nulles de plein droit. C'est la seule solution capable de défendre les intérêts des créanciers, car si l'on admet que c'est un acte à titre onéreux, il faudra, pour le faire tomber, établir la fraude des époux, leur complicité, ce qui n'existera pas le plus souvent ou sera très difficile à prouver¹.

35. — Quelques auteurs proposent une distinc-

1. Capmas, *Révocation des actes faits par le débiteur*, n° 49. — Krug-Basse, *Revue critique*, t. XIV, p. 257. — Laurent, t. XVI, nos 452 et suiv. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 2734, p. 705. — Caen, 7 mars 1870, *Sir.*, 70, 2, 281 et note de M. Bertauld sous l'arrêt précité rapporté dans Dalloz, 1870, 2, 97. En sens contraire : Boistel, p. 713. — Alauzet, t. VI, n° 2500. — Bédarride, t. I, n° 7.

tion : sans doute, disent-ils, la constitution de dot est bien une libéralité vis-à-vis de la femme, mais en ce qui concerne le mari, c'est un acte à titre onéreux puisqu'il reçoit les biens non pas des mains du constituant, mais de celles de sa femme ; il intervient entre elle et lui un contrat à titre onéreux : en échange de la dot, il s'engage à supporter les charges du mariage ¹. Nous avons déjà dit que ces charges dérivait du mariage lui-même et non de cette circonstance que la femme apportait une dot à son mari. En outre, nous avons admis et on nous concède ce point, que la constitution de dot était une véritable donation dans les rapports du constituant et de l'époux doté ; cet acte doit nécessairement conserver le même caractère relativement au mari, qui, lui, n'a pas été partie au contrat. Il voit tomber dans le patrimoine commun une certaine valeur qui l'aidera à supporter des obligations résultant du mariage, et ce sans avoir aucune valeur à fournir en échange. Peut-on dire alors que nous sommes en présence d'un acte à titre onéreux ? Le mari est dans la même situation qu'une personne ayant reçu un bien grevé d'hypothèque ou une donation susceptible d'être révoquée.

36. — En général, les lois étrangères laissent cette question pendante comme chez nous ; toutefois l'article 480 du Code espagnol place les constitutions de dot sur la même ligne que les autres donations. En Allemagne, on tend à les considérer comme faites en exécution d'une obligation naturelle ; on en

1. Aubry et Rau, t. IV, § 313, p. 138, note 25 et les autorités citées par ces auteurs. — Demolombe, t. XXV, nos 208 et suiv.

tire cette conséquence que la nullité ne doit être prononcée que si l'on établit la fraude des deux parties ¹. La loi anglaise décide que les dispositions pour cause de mariage sont censées faites *for a valuable consideration* et ne sont pas soumises au sort des donations ordinaires ².

37. — Quant aux libéralités faites par testament, elles ne peuvent être acceptées et produire effet qu'après la mort du testateur. Alors même que le débiteur aurait réglé par testament la dévolution de ses biens, longtemps avant les dix jours qui ont précédé la cessation de ses paiements, ces dispositions n'en seraient pas moins lettre morte, relativement aux créanciers qui doivent être payés par préférence aux légataires, en vertu de la maxime : *non sunt boni nisi deducto aere alieno* ³.

38. — Nous déciderons également que le partage ne tombe pas sous le coup de l'article 446, du moins quand il est fait sans fraude et ne déguise pas une donation. Ce n'est pas un acte à titre gratuit, puisque chaque copartageant acquiert les droits que les autres possédaient sur sa part, en échange des droits qu'il avait sur les leurs et qu'il leur abandonne. Nous trouvons dans cette opération tous les éléments du contrat à titre onéreux ⁴. Cependant l'article 446 reprend tout son empire lorsque le partage ne sert qu'à masquer une donation ⁵, car tout acte fait par le

1. Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 388, note 1.

2. Williams, *Law of Bankruptcy*, p. 262.

3. Ruben de Conder, *Diction. de droit commercial*, v^o faillite, n^o 307.

4. Bordeaux, 4 avril 1876, *Sir.*, 77, 2, 257.

5. Cass., 7 avril 1875. *Dal.*, 76, 1, 37.

débiteur, depuis la cessation des paiements, est nul, s'il fait sortir une valeur de son patrimoine sans compensation pour la masse. Ainsi un copartageant est déclaré attributaire de certains objets et abandonne le reste à ses copartageants ; quelque temps après ce copartageant est déclaré en faillite ou en état de liquidation judiciaire, et la cessation des paiements est fixée à une époque antérieure au partage. Les tribunaux verront si cette opération peut être maintenue sans causer préjudice à la masse. Ce sera un partage jusqu'à concurrence de la valeur des objets attribués au débiteur ; pour le surplus, un acte à titre gratuit.

39. — Si nous supposons qu'un commerçant, en état de cessation de paiements, contracte avec une compagnie une assurance sur la vie, au profit d'un tiers, l'article 446 s'appliquera et le bénéfice de cette assurance sera attribué à la masse. Si le contrat, intervenu entre la compagnie et le commerçant, est à titre onéreux, il n'est pas douteux qu'il constitue une pure libéralité dans les rapports du stipulant et du bénéficiaire. Ce dernier acquiert, en effet, le droit au capital du jour de son acceptation et le patrimoine du commerçant se trouve amoindri par le paiement des primes sans qu'aucune valeur y entre en retour¹.

Mais, le plus souvent, l'assurance est contractée par le commerçant au profit de ses héritiers. La jurisprudence décide, dans ce cas, que le bénéfice du contrat reste dans le patrimoine de l'assuré jusqu'à

1. Alger, 17 juin 1876, *Dal.*, 78, 2, 116.

son décès. A cette époque, ce sera une valeur de la succession assimilée à toutes les autres et sur laquelle pourront se payer tous les créanciers du défunt ¹. Si la mort se produit au moment de la faillite ou de la liquidation, le bénéfice de l'assurance tombe dans la masse pour être ensuite partagé au marc le franc entre tous les créanciers. Au contraire, si le commerçant est encore vivant à cette époque, les syndics ou les liquidateurs peuvent continuer le versement des primes jusqu'au décès de l'assuré. On s'est demandé si, dans cette hypothèse, la masse avait la faculté de racheter l'assurance et de toucher immédiatement le capital. C'est une question de fait ; on consultera la police d'assurance et on verra si le droit de rachat est personnel à l'assuré ou s'il peut être exercé par d'autres personnes ².

Section II.

Des paiements.

40. — L'article 446 continue : « Tous paiements, « soit en espèces, soit par transport, vente, com-
« pensation ou autrement, pour dettes non échues et
« pour dettes échues, tous paiements faits autrement
« qu'en espèces ou effets de commerce... » Nous divi-
serons nos explications sur cette matière en deux
paragraphe ; dans l'un, nous parlerons du paiement

1. Cass., 20 décembre 1876, *Sir.*, 77, 1, 119.

2. Voir, sur ces questions Dalloz, *Jurispr. Génér. Supplément*, t. VIII, 1891, v^o *Faillites et liquidation judiciaire*, n^{os} 403 et suiv., 577 et suiv.

des dettes non échues, et dans l'autre, du paiement des dettes échues.

§ I. — Paiement portant sur une dette non échue.

41. — La règle, sur ce point, est des plus simples : de quelque manière que le paiement ait été effectué, il est nul. La loi ne prend pas en considération le mode de libération; ainsi que le font fort bien observer MM. Lyon-Caen et Renault, « c'est la non exigibilité qui motive la nullité. » Cette solution se justifie aisément : lorsqu'un débiteur ne peut pas payer les dettes qui sont à terme, il ne doit pas songer à acquitter celles qui ne sont pas encore arrivées à échéance. Le créancier n'a pas le droit de réclamer ce qui lui est dû, et si le débiteur le paye, il lui fait une libéralité. Cette libération est entachée de fraude; elle ne peut s'expliquer que par le désir du débiteur de favoriser un de ses créanciers. Il veut le soustraire à la loi commune et lui faire obtenir l'intégralité de sa créance au lieu d'un simple dividende que lui procurerait le règlement de la faillite ou de la liquidation. Il n'y a, du reste, aucune injustice à obliger le créancier à rapporter les sommes qu'il a touchées; en recevant un paiement anticipé, il savait fort bien qu'il contrevenait à la loi de l'égalité, et le plus souvent, pour ne pas dire toujours, c'est sur ses instances qu'il a été désintéressé parce qu'il prévoyait la faillite et espérait en éviter les conséquences.

42. — L'article 446 du Code de 1807 portait que « toutes sommes *payées* dans les dix jours qui pré-

« cèdent la faillite, pour *dettes commerciales* non « échues, sont rapportées. » On avait soutenu, et l'argument sur lequel on s'appuyait nous semble concluant, que cet article ne s'appliquait pas aux dettes civiles et qu'il ne prévoyait que les paiements faits en espèces. C'était une solution dangereuse : pourquoi distinguer entre les dettes civiles et les dettes commerciales ? Tous les créanciers ne doivent-ils pas être sur un pied d'égalité ? Limiter la nullité aux paiements en espèces, c'était ouvrir la porte la plus large à la fraude. Les paiements les plus à redouter sont ceux en marchandises, la *datio in solutum*. On maintenait précisément les actes les plus fréquents et les plus préjudiciables à la masse ¹. Le nouvel article 446 présente donc, sur ce point, une rédaction beaucoup plus heureuse que l'ancien, et nous ne pouvons qu'approuver les législateurs de 1838 d'avoir opéré cette réforme.

43. — Précisons bien ce qu'il faut entendre par dette non échue : c'est celle qui n'était point encore exigible au moment où l'acte libératoire est intervenu. Ainsi, alors même que l'échéance arriverait avant la déclaration de faillite ou l'ouverture de la liquidation, le paiement n'en serait pas moins nul, s'il avait été effectué pendant la période suspecte et à un moment où le créancier n'avait pas encore le droit de le réclamer. Une règle aussi simple ne semble pas pouvoir soulever de difficultés dans son application ; cependant il s'en est présenté quelques-unes devant les tribunaux.

1. Renouard, t. I, p. 372.

44. — Un commerçant souscrit un billet payable à un certain délai de vue. Pendant la période suspecte, il rembourse ce billet à première présentation et avant l'expiration des jours de vue stipulés. Doit-on voir dans ce fait un paiement de dette non échue? La jurisprudence a admis avec raison l'affirmative¹, car tant que le délai n'est pas expiré, le créancier n'a pas le droit d'exiger le paiement, la dette n'est pas encore échue. Mais, dit-on, cette libération ne présente rien d'anormal, et on ne doit pas présumer la fraude, puisque dans les usages du commerce ces billets s'acquittent à présentation. D'ailleurs, le commerçant a toujours soin de retenir l'escompte, de sorte qu'il reçoit ainsi l'équivalent du terme qu'il abandonne. Mais l'article 446 est formel, il ne permet pas de faire une semblable distinction. Admettre celle qui est proposée serait aller contre la volonté même du législateur, puisque le débiteur pourrait, à son gré, favoriser certains créanciers en payant quelques porteurs de billets à vue et en refusant le paiement à d'autres sous prétexte que le billet n'est pas encore à échéance.

45. — A l'inverse, nous considérons comme valable le paiement fait par le failli ou le liquidé, pendant la période suspecte, à son commissionnaire de transports pour avances opérées par ce dernier et cela, alors même que serait intervenue entre les parties une convention aux termes de laquelle le commissionnaire enverrait à son débiteur des états de situation hebdomadaires, et que, à défaut de paiement immédiat, il ferait traite sur lui à échéance de quinze

1. Orléans, 26 juillet 1859, *Sir.*, 59, 2, 603.

jours. Si le débiteur se libère avant d'avoir reçu cette traite, le paiement nous semble inattaquable, car on ne peut sérieusement soutenir que la dette n'était pas encore échue. « L'intérêt des avances faites par le « mandataire lui est dû par le mandant à dater du « jour des avances constatées » (art. 2001 C. civ.). Au fur et à mesure que le commissionnaire fait des avances, il naît à son profit une créance qui est exigible aussitôt que née et qui produit immédiatement des intérêts. Peu importe la convention intervenue entre les parties; lorsque l'état de situation hebdomadaire a été présenté au débiteur, c'est à ce moment que la dette devait être acquittée; elle était échue. La convention n'avait qu'un but, déterminer de quelle façon et à quelle époque le créancier pourrait se faire payer s'il ne l'était au moment de l'exigibilité de sa créance; elle ne changeait en aucune façon la nature de la dette et son exigibilité¹.

46. — Un commerçant achète des marchandises payables à trois mois, avec faculté d'escompte. Avant l'expiration de ce délai, alors qu'il était en état de cessation de paiements, il veut profiter de l'escompte et paie. A-t-il acquitté une dette échue? Nous ne le pensons pas : le créancier n'était recevable à réclamer son paiement qu'après l'expiration des trois mois; jusqu'à cette époque, le débiteur avait le droit de repousser toute demande. La véritable date de l'échéance, c'est l'expiration du délai de trois mois. En vain objecterait-on que le droit de demander l'escompte rentre dans les usages du commerce, et que c'est un procédé qui n'offre rien d'anormal.

1. Cass., 30 avril 1889, *Journ. des fail.*, 1889, p. 361.

Ce droit n'est, en réalité, qu'une faculté laissée à l'acheteur tant qu'il est pleinement capable, mais qu'il perd lorsqu'il cesse ses paiements. Lui accorder le pouvoir d'en user librement lorsqu'il est à la veille de déposer son bilan serait lui permettre de favoriser certains créanciers au détriment de la masse. On irait contre l'esprit et les termes de l'article 446¹.

47. — Les opérations de compte courant ont donné lieu à quelques difficultés. Deux commerçants, en relations suivies d'affaires, sont en compte courant; l'un d'eux, sur le point d'être déclaré en état de faillite ou de liquidation, envoie à l'autre des valeurs ou des marchandises pour être passées en compte courant. Peut-on annuler cette opération en vertu de l'article 446? nous ne le croyons pas; cette hypothèse ne rentre ni dans les termes ni dans l'esprit de ce texte. En envoyant des valeurs qui doivent être portées en compte courant, le commerçant ne paie pas une dette. Celle-ci n'existera qu'au moment où ce compte sera arrêté et où l'on aura déterminé le solde dû par l'une des parties. C'est ce solde seulement qui constitue une dette exigible; auparavant, il n'y a que des articles de débit et de crédit formant un tout indivisible.

48. — Une question fort délicate divise encore aujourd'hui les auteurs et la jurisprudence : une lettre de change est tirée par un commerçant pendant qu'il est encore au dessus de ses affaires, puis la cessation des paiements survient et pendant la période suspecte, avant l'échéance de la lettre de

1. Paris, 28 juin 1877, *journ. le Droit*, 15 septembre 1877. Delamarre et Lepoitvin, t. VI, n° 146. *Contra* : Massé, t. II, n° 1222.

change, il fait provision entre les mains du tiré pour assurer le paiement à l'échéance. L'envoi de cette provision doit-il être considéré comme le paiement d'une dette non échue ? Non, répondent la plupart des auteurs : la dette est échue à l'égard du tiré, s'il a accepté ; à l'égard du porteur, s'il n'y a pas eu acceptation. La lettre de change est un acte normal, un acte très fréquent dans la pratique commerciale ; la loi prend une foule de mesures pour en assurer la circulation, et il rentre dans son esprit de soustraire l'opération que nous étudions à la théorie des nullités de l'article 446. Nous devons d'autant mieux le faire que les principes eux-mêmes conduisent à cette solution.

Une jurisprudence constante et déjà fort ancienne, puisqu'elle remonte à 1850, a repoussé avec raison cette théorie. Sans doute, la loi a pris une série de mesures pour faciliter la circulation de la lettre de change, mais n'oublions pas que nous sommes ici en matière de faillite, et que le législateur s'est surtout préoccupé de protéger les intérêts de la masse. Pour empêcher cette dernière de subir un préjudice résultant d'avantages faits à certains créanciers, on a admis de nombreuses dérogations au droit commun, et celle que nous rencontrons en matière de lettre de change n'a rien qui doive nous étonner. L'envoi de la provision n'est, dit-on, que l'exécution de l'engagement pris par le tireur soit envers le tiré, soit envers le porteur. Or, c'est précisément le point que nous contestons : d'après l'article 116 C. Co., la provision ne doit exister qu'à l'échéance, le tireur n'est pas tenu de la fournir avant ; elle n'est exigible qu'à cette époque. Supposons que le tiré ait fourni son accep-

tation avant la réception de la provision. En acceptant, il contracte un engagement direct vis à vis du porteur; c'est lui qui est tenu du paiement, il est alors débiteur principal de la lettre de change. Mais, par là même, il devient créancier du tireur, pour le cas où il payerait à découvert; il acquiert donc contre lui une créance conditionnelle. A quel moment viendra-t-elle à échéance? Evidemment, elle ne sera exigible qu'à l'instant où il aura payé la lettre; s'il reçoit la provision auparavant, on lui paie une dette non échue, et ce paiement tombe sous le coup de l'article 446.

48 bis. — Avec cette théorie, objecte-t-on, vous allez arriver à un résultat profondément injuste : le tiré accepte et reçoit provision avant l'échéance. Par son acceptation, il est tenu de payer le porteur quand il se présentera; mais, comme il a reçu la provision avant l'échéance, il devra la rendre au tireur. Il paie la lettre et restitue la provision. Nous reconnaissons que cette solution sera dure parfois pour le tiré; elle nous paraît cependant s'imposer et résulter clairement des principes.

Si le tiré n'a pas accepté, c'est envers le preneur que le tireur s'acquitte et, dans ce cas encore, il paie une dette non échue. En créant la lettre de change, il a promis au porteur de lui faire toucher telle somme à telle date; là se borne son engagement. Il ne doit donc procurer le paiement et faire provision qu'à l'échéance seulement (art. 116 C. Co.)¹.

1. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 709, n° 2740 et note 1. — Cass., 18 décembre 1850, *Dal.*, 51, 1, 29. — Amiens, 2 mai 1882, *Journ. des fail.*, 1882, p. 468. *Contra* : Demangeat sur Bravard, t. V, p. 256, note. — Boistel, n° 945.

§ II. — Paiement portant sur une dette échue

49. — Ici une distinction est nécessaire : certains paiements sont maintenus, d'autres sont nuls de droit. S'agit-il d'un paiement en espèces ou en effets de commerce, le législateur ne le fait pas tomber sous le coup de l'article 446. Au contraire, il annule les paiements obtenus à l'aide d'autres modes de libération : le débiteur qui n'a pas d'argent ne doit pas payer avec d'autres biens ; s'il le fait, c'est qu'il veut avantager un créancier.

Abordons maintenant les détails et essayons de déterminer les cas où le paiement interviendra valablement.

50. — I. *Paiement en espèces.* — C'est le paiement normal : un débiteur doit une somme d'argent, il la donne lorsque l'échéance est arrivée ; rien ne permet de présumer la fraude. L'article 446, alinéa 3, dit : « Seront nuls tous paiements autres que « ceux faits en espèces ou effets de commerce. » Cette formule est évidemment trop étroite : une dette peut porter sur des marchandises ; à l'échéance le débiteur livre ces marchandises à son créancier. Il n'y a là rien d'anormal ; c'est une opération qui ne doit pas être annulée de plein droit. La loi a statué *de eo quod plerumque fit* ; il faut étendre sa disposition, et dire que le paiement est régulier toutes les fois qu'il est effectué au moyen de la prestation indiquée dans la convention.

51. — II. *Paiement par transport.* — Le débiteur donne en paiement une créance qu'il avait contre

un tiers ; il se libère d'une façon autre qu'il devait le faire, la loi annule cette opération¹. Il y a plusieurs manières de payer par transport : on peut recourir à une délégation proprement dite², à une cession de créance, à une vente de créance avec compensation du prix de vente avec sa propre créance, à une remise au créancier des reconnaissances qu'a données le débiteur³. Quel que soit le procédé employé, l'opération est nulle de droit.

52. — La question se pose aussi pour le paiement par virement : Primus a de l'argent déposé dans une banque ; il a un créancier, Secundus, qui est, lui aussi, un client de cette même banque. Il le paie au moyen d'un virement. Ce paiement est-il nul de droit ? Sans doute si nous décomposons cette opération, nous voyons que nous nous trouvons en présence d'une cession de créance, cession à Secundus de la créance que Primus a sur la maison de banque. Mais on considère cette opération comme un paiement en espèces, car si on la déclarait nulle, Primus retirerait son argent de la banque, et prierait cette même banque de le faire parvenir à Secundus. Un simple jeu d'écritures empêche ces complications ; au fond, il y a bien paiement en espèces et la loi n'a pu obliger le débiteur à recourir à une semblable puérilité pour effectuer un paiement valable.

53. — Le fait par un débiteur de donner à son créancier une procuration, à l'effet de toucher les sommes qu'un tiers lui doit, tombe sous le coup de

1. Cass., 13 février 1877, *Sir.*, 78, 1, 368.

2. Nîmes, 1^{er} mai 1885, *Journ. des fail.*, 1886, p. 372.

3. Orléans, 1^{er} février 1853, *Dal.*, 54, 2, 222.

l'article 446. C'est en réalité un paiement par transport, et le syndic ou le liquidateur sera recevable à réclamer, au nom de la masse, les sommes obtenues de cette façon par un des créanciers¹.

54. — La cession de créance peut donner naissance à quelques difficultés ; on sait qu'aux termes de l'article 1690 C. Civ., elle doit être signifiée au tiers cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Un commerçant cède une créance avant la cessation des paiements ou les dix jours précédents, mais l'acceptation ou la signification a lieu pendant la période suspecte. Que décider dans cette hypothèse ? L'acceptation et la signification ne sont exigées que dans l'intérêt des tiers ; eux seuls sont admis à se prévaloir de l'inobservation de ces formalités. Or, pendant la période suspecte, les créanciers du failli ou du liquidé ne sont pas des tiers, mais des ayants cause de ce dernier ; il ne peuvent donc invoquer le défaut de signification ou d'acceptation².

55. — Le paiement par transport est toujours nul ; il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir s'il sert à éteindre une dette contractée avant la période suspecte ou pendant cette époque. C'est le mode de paiement lui-même que la loi suspecte, et chaque fois qu'il est employé, elle l'annule. Ajoutons, cependant, que l'article 446 ne saurait s'appliquer qu'au transport consenti pour une dette antérieurement contractée. Le transport ne serait pas annulé de plein droit s'il avait été fait par le débiteur

1. Paris, 13 février 1891, *Journ. des fail.*, 1891, p. 163.

2. En sens contraire Renouard, t. I, pp. 378 et suiv.

à une époque contemporaine de l'emprunt qu'il a contracté, et s'il formait une des conditions essentielles de la convention ¹.

56. — *III. Paiement par vente.* — Par cette expression, le législateur a voulu désigner le paiement en marchandises, la *datio in solutum*. Lorsqu'un débiteur se voit harcelé par ses créanciers, il cherche à calmer les plus pressants et à retarder, sinon à éviter la catastrophe; comme il n'a pas d'argent pour les désintéresser, il leur donne en paiement des marchandises. Ce mode de libération est extrêmement dangereux pour la masse; le principe d'égalité est détruit; en outre, des marchandises qui formaient peut-être une partie importante de l'actif sont abandonnées à un créancier pour une somme souvent bien inférieure à leur valeur réelle. La loi a donc eu raison d'annuler un semblable paiement. Mais il ne faudrait pas confondre, avec la *datio in solutum*, l'opération suivante : un débiteur n'a pas de numéraire pour payer une dette échue envers un de ses créanciers. Pour s'en procurer, il vend à vil prix des marchandises, et verse l'argent ainsi obtenu entre les mains de son créancier. Malgré le préjudice qui en résultera le plus souvent pour la masse, ce paiement n'est pas nul de plein droit; il a été effectué au moyen de la prestation indiquée, c'est un paiement en espèces. Mais les créanciers pourront néanmoins critiquer cet acte et, à défaut de l'article 446, invoquer l'article 447.

1. Ruben de Couder, v^o faillite, n^o 338. — Paradan, *Revue critique*, 1876.

De même, le paiement qu'on obtiendrait en suite d'une saisie-arrêt validée avant le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation, ne tomberait pas sous l'application de l'article 446.

57. — Pour éviter la nullité prescrite par cet article, les parties déguisent souvent la *datio in solutum*; on voit fréquemment un débiteur vendre des marchandises à son créancier et stipuler que le prix desdites marchandises se compensera avec ce que le vendeur doit à l'acheteur; ou bien un commerçant, sur le point de déposer son bilan, remet à un créancier des marchandises en lui donnant mandat de les vendre pour se payer sur le prix en provenant. Si l'on va au fond des choses, si l'on examine de près ces opérations, on s'aperçoit aisément qu'il y a là une véritable *datio in solutum*, nulle de droit.

58. — Parfois le créancier ainsi désintéressé, surtout lorsqu'il s'agissait d'un vendeur, a essayé de se soustraire à l'application de l'article 446. Ce paiement que vous critiquez, a-t-il soutenu, loin de causer préjudice à la masse, lui a été utile; vendeur non payé, j'allais intenter une action en résolution; l'acheteur, en me désintéressant, a évité cette action et conservé le bien à la masse. La jurisprudence a repoussé avec raison ces prétentions¹. L'article 446 ne fait aucune distinction, il ne recherche pas quel motif a déterminé le débiteur à faire un paiement en marchandises; dans tous les cas il est nul. Du reste, ce n'est pas le débiteur mais bien la masse qui doit choisir, suivant son intérêt, entre le maintien du contrat ou sa résolution.

1. Cass., 29 juin 1870, *Sir.*, 70, 1, 417. — Boistel, p. 716.

De même, le failli ou le liquidé qui aurait acheté des marchandises ne pourrait pas les restituer à son vendeur au lieu de payer le prix de vente. Nous supposons, bien entendu, que le vendeur n'est pas dans les conditions voulues pour exercer la revendication. Ce que doit l'acheteur, c'est le prix, c'est-à-dire une somme d'argent, et non des marchandises ¹.

59. — L'envoi de marchandises en compte courant par un commerçant à un autre, suivant un accord intervenu précédemment entre eux, ne constitue pas une *datio in solutum*. La loi ne considère pas cette opération comme un paiement. Du reste, le commerçant paie avec la prestation indiquée puisqu'il a été convenu antérieurement qu'il enverrait des marchandises pour être passées en compte courant.

60. — *IV. Paiement par compensation.* — La loi distingue deux sortes de compensation, l'une légale, l'autre conventionnelle. Cette dernière, lorsqu'elle a lieu pendant la période suspecte, et sert à éteindre une dette du failli ou du liquidé, est certainement nulle. C'est toujours le même motif qui a fait admettre cette décision : la crainte d'une entente frauduleuse entre le débiteur et l'un de ses créanciers. Doit-on admettre la même solution pour la compensation légale ? Les auteurs et une jurisprudence à peu près unanime décident qu'elle peut toujours avoir lieu jusqu'au jugement déclaratif de faillite, et il nous faut ajouter aujourd'hui, jusqu'à l'ou-

1. Paris, 18 août 1871, *Dal.*, 72, 1, 80. — Bordeaux, 7 mai 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 178.

verture de la liquidation judiciaire. La première partie du texte, relative aux dettes non échues, parle déjà de la compensation, sans y ajouter de qualificatif. Or, il est bien certain qu'il ne s'agit là que de la compensation conventionnelle, puisque les dettes à compenser ne sont pas échues. La deuxième partie du paragraphe contient un renvoi implicite à tous les modes de paiement énumérés dans la première partie et, par suite, ne vise que la compensation conventionnelle. Lors de la discussion de la loi de 1838, il a été formellement reconnu que la compensation légale ne tombait pas sous l'application de l'article 446¹. Rien d'étonnant à cela : elle ne constitue pas un acte émanant de la libre volonté des parties, mais une extinction de plein droit prononcée par la loi elle-même².

61. — Le tribunal de commerce de Marseille a cependant décidé qu'au cas de liquidation judiciaire, et la solution serait la même en matière de faillite, la compensation légale devait être placée sur la même ligne que la compensation conventionnelle. Après avoir indiqué que le mot compensation est très large et doit comprendre la première comme la seconde, le tribunal ajoute : « Attendu que le but de la loi en interdisant toute compensation dans ledit

1. Séance du 29 mars 1838, *Moniteur universel* du 30 mars.

2. Labbé, note sous un arrêt de Cass. 27 juin 1876, *Sir.*, 77, 1, 241. — Massé, t. IV, n° 2314. — Alauzet, t. VI, 1^{re} partie, n° 2508. — Demangeat sur Bravard, t. V, p. 161. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2755. — Aix, 11 décembre 1889 (arrêt rendu en matière de liquidation judiciaire), *Journ. des fail.*, 1890, p. 130. — Cass., 12 août 1890, *ibid.*, 1890, p. 483.

« intervalle a été non seulement d'atteindre une
« fraude possible au détriment de la masse, mais
« aussi de conserver à partir du jour de l'ouverture
« réelle de la cessation des paiements, entre tous
« les créanciers du débiteur, une égalité rigou-
« reuse ¹... »

Cette décision nous semble violer ouvertement les principes ; nous ne voulons pas revenir sur les arguments que nous avons fait valoir et qui condamnent manifestement cette doctrine. Quant au considérant que nous avons extrait du jugement, il nous paraît inexact : tout le système des articles 446 à 449 C. Co. a pour but d'assurer l'égalité entre créanciers, d'empêcher que les uns touchent un simple dividende et les autres un paiement intégral. C'est pourquoi la loi élève contre certains actes passés en période suspecte une présomption de fraude irréfragable, et permet d'en annuler d'autres s'ils ont eu lieu en connaissance de la cessation des paiements. Mais son désir de maintenir l'égalité ne va pas jusqu'à interdire tout acte entre le débiteur et un de ses créanciers : les paiements sont valables sous certaines conditions qui excluent tout soupçon de fraude. Il doit en être de même *a fortiori* de la compensation légale qui est un acte indépendant de la volonté des parties et se produisant *ipsa vi legis* ².

1. Trib. de com. de Marseille, 19 août 1889, *Journ. des fail.*, 1889, p. 489.

2. La jurisprudence se prononce généralement dans le sens de notre opinion. Voir : Rouen, 14 juin 1870, *Sir.*, 71, 2, 132. — Paris, 20 décembre 1886, *Journ. des fail.*, 1887, p. 67. — Cass., 20 avril 1885, *Journ. des fail.*, 1885, p. 310.

62. — Si la qualité de débiteur et de créancier sur la tête d'une même personne résulte d'un concert frauduleux entre le commerçant et le tiers qui désire sauver sa créance des éventualités d'une faillite, la compensation légale ne sera pas susceptible de se produire et l'opération entière devra être annulée à l'égard de la masse.

63. — Pour que la compensation légale puisse avoir lieu, il faut, aux termes de l'article 1291 C. Civ., que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles, qu'elles soient liquides et exigibles. En ce qui concerne la fongibilité, aucune difficulté ne s'élève : le changement dans l'objet d'une des dettes est suspect aux yeux du législateur. Le débiteur se libère avec une chose autre que celle qu'il devait, il accomplit un acte prohibé par l'article 446. Si donc les parties s'entendaient pour faire disparaître l'obstacle tenant à la non fongibilité de l'une des dettes, et arriver ainsi à une compensation légale, l'opération serait nulle de plein droit.

64. — De même, si les parties se mettaient d'accord pour rendre exigible une dette qui ne l'est pas encore dans le but de compenser leurs créances respectives, l'article 446 s'appliquerait certainement. Si c'est le failli ou le liquidé qui, possédant une créance exigible et une dette à terme, renonce au bénéfice du terme, il paie une dette non échue, avantage un de ses créanciers contrairement aux principes admis en matière de faillite. Si la dette du failli était échue et sa créance à terme, on présume, à juste titre, que le créancier, en même temps débiteur à terme, ne s'est pas prévalu du terme uniquement parce qu'il con-

naissait la situation de son débiteur et voulait en éviter les conséquences.

65. — La question devient plus délicate, si nous supposons que les dettes portant sur des choses fongibles de même espèce, sont exigibles, mais non encore liquides, et que les parties liquident amiablement ou fassent liquider par justice le chiffre respectif de leur créance. M. Labbé a mis sur ce point une théorie fort ingénieuse¹ : je suis, dit-il, débiteur d'une somme liquide et exigible envers un commerçant qui a cessé ses paiements et créancier du même individu d'une somme exigible, mais non encore liquide. S'il me poursuit devant les tribunaux, j'aurai le droit de former une demande reconventionnelle pour faire liquider ma créance et payer par compensation. Ce qu'il m'est permis de faire en justice, rien ne s'oppose à ce que je l'accomplisse à l'amiable, puisque j'aurais toujours le droit d'arriver à ce résultat en m'adressant aux tribunaux. D'ailleurs, si cette opération est entachée de fraude, les créanciers ne seront pas désarmés, ils auront toujours la ressource d'invoquer l'article 447. De même, débiteur d'une somme liquide et exigible, je suis créancier de mon débiteur d'une somme exigible, mais non liquide, et beaucoup plus considérable que celle que je dois. Jusqu'à la faillite, j'ai le droit de le poursuivre et pour cela, de faire liquider ma créance en justice ou de l'évaluer à l'amiable avec lui s'il y consent. Une fois cette liquidation opérée, il semble bien que la compensation légale doive se produire pour partie.

1. Cons. la dissertation de M. Labbé sous l'arrêt de Cass. du 27 juin 1876, précité. *Sir.*, 77, 1, 241.

Cependant une nouvelle distinction s'impose encore : si le paiement de l'excédent est effectué réellement, il y a compensation légale inattaquable en vertu de l'article 446 ; seulement s'il y a fraude, la masse qui aura subi un préjudice invoquera l'article 447. Au contraire, si la convention des parties n'a pas été suivie du versement effectif du reliquat du compte, la compensation légale est impossible ; l'entente frauduleuse, combinée par les parties, est nulle de plein droit.

Nous ne saurions admettre un tel système, qui multiplie les distinctions alors que la loi n'en fait aucune. Elle prohibe d'une façon absolue toute compensation qui dérive de la volonté des parties. Or, ici, c'est grâce à l'accord intervenu entre elles que le compte a été réglé et que la compensation est devenue possible. Peu importe la bonne foi qui a pu présider à la liquidation des créances ; on craint la fraude dans l'équivalence qu'on établit entre elles, et on la présume dans tous les cas. Cette présomption est invincible ; le législateur a voulu empêcher la recherche d'une intention souvent impénétrable et a repoussé toute distinction. Au surplus, le créancier obtiendrait par ce moyen un paiement intégral, tandis que les autres ne toucheraient qu'un dividende ; il aurait une position privilégiée, ce que la loi n'admet pas.

66. — L'article 446 s'applique même à la compensation légale qui serait le résultat d'une opération accomplie sans la participation du débiteur. Un exemple fera comprendre notre pensée : un débiteur du failli ou du liquidé se rend acquéreur, pendant la

période suspecte, d'une créance appartenant à un tiers contre le failli ou le liquidé ; ce tiers reçoit ainsi intégralement des mains du cessionnaire la somme qui lui est due, tandis que le débiteur n'aurait pu valablement le payer puisqu'il a cessé ses paiements. Le cessionnaire, se trouvant à la fois créancier et débiteur du commerçant, le paie par compensation. Pour nous, nous croyons que cette compensation est nulle de plein droit, ainsi que l'opération qui a servi à la préparer, encore bien que le failli ou le liquidé y soit resté complètement étranger. MM. Lyon-Caen et Renault n'appliquent pas à cette hypothèse la nullité absolue de l'article 446, mais seulement la nullité facultative de l'article 447, car, disent-ils, les conditions requises pour la compensation légale ont existé ¹.

La Cour de Paris, saisie de cette question, a décidé que le transport fait dans les dix jours précédant la faillite par un créancier à un débiteur du failli, et au moyen duquel ce créancier a reçu du débiteur un paiement que le failli n'aurait pu lui faire valablement, est nul comme le serait le transport fait par le failli lui-même ². En conséquence, le cessionnaire ne peut opposer à la masse la compensation résultant pour lui de la réunion sur sa tête de la qualité de créancier et de celle de débiteur du failli. Mais cet arrêt n'indique pas si nous nous trouvons en présence d'une nullité absolue ou seulement relative, puisqu'il vise à la fois l'article 446 et l'article 447. Nous pensons qu'il s'agit ici d'une nullité absolue : le but du

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2755, p. 715, note 6.

2. Paris, 18 janvier 1865, *Sir.*, 65, 2, 281.

législateur est d'assurer une égalité parfaite entre les créanciers; pour y arriver, il atteint tous les actes plus ou moins détournés employés par les créanciers pour échapper à une répartition égale de la perte résultant du mauvais état des affaires du commerçant. L'article 446 soumet à la nullité absolue les cessions de créance, les transports intervenus en période suspecte; on doit aussi placer sur la même ligne les actes dont nous nous occupons, puisque le résultat obtenu est de tous points semblable. Soustraire ces opérations aux dispositions de l'article 446 serait ouvrir la porte la plus large à la fraude.

67. — Cependant l'article 446 ne trouverait pas son application dans l'hypothèse d'une compensation dite judiciaire ou reconventionnelle : deux personnes sont respectivement créancières l'une de l'autre; le débiteur de la dette non liquide actionne l'autre en paiement. Celle-ci forme une demande reconventionnelle pour faire liquider sa créance et payer par compensation. Le tribunal saisi liquide la créance et opère la compensation. C'est un moyen de défense qui nous paraît très licite, et l'on n'a pas à redouter ici les dangers que présente la compensation conventionnelle; les juges surveilleront cette opération et empêcheront les parties d'établir une équivalence mensongère des créances.

68. — *V. Paiement en effets de commerce.* — Il est valable comme le paiement en espèces. Un commerçant a en portefeuille des lettres de change, des chèques, des billets à ordre; il se libère vis à vis de son débiteur avec un de ses effets. Ce paiement est licite, quoique effectué pendant la période suspecte.

Cette solution n'est-elle pas contraire à une règle formulée par l'article 446 ? N'y a-t-il pas là une cession de créance ? Évidemment, si nous allons au fond des choses, nous trouvons bien dans ce fait une véritable cession de créance, mais le législateur ne considère pas ce paiement comme frauduleux ; il a été touché par des raisons d'ordre pratique ; entre négociants les effets de commerce circulent comme du numéraire.

69. — Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par effets de commerce, et la question est importante, car si la prestation fournie ne rentre pas dans cette catégorie, le paiement sera nul de droit. Il est certain qu'on doit ranger parmi les effets de commerce les lettres de change et les billets à ordre émanant de personnes autres que le débiteur ; celui-ci pourra les endosser valablement au profit de ses créanciers. C'est un acte normal, d'un usage fréquent, et auquel le législateur a certainement songé en écrivant la disposition qui nous occupe. Mais, pour que l'endossement soit à l'abri de la critique, il faut qu'il ait été réalisé avant le jugement qui déclare la faillite ou ouvre la liquidation : à partir de ce moment, le dessaisissement empêcherait le commerçant de faire un endossement valable.

Des difficultés s'élèvent si nous supposons que c'est le débiteur lui-même qui tire la lettre de change ou souscrit le billet à ordre. On a dit : ce n'est pas un paiement en effets de commerce ; le failli ou le liquidé n'éteint pas sa dette, il la renouvelle. En outre, et cet argument vise seulement la lettre de change, lorsque le failli fait traite sur son débiteur,

il accomplit une délégation; il délègue son propre débiteur, le tiré, à son créancier, le porteur. Or c'est là une opération interdite par l'article 446 ¹.

Nous croyons ce système inexact : en effet, toutes les fois qu'un débiteur endosse un titre de crédit à ordre au profit d'un de ses créanciers, on pourrait tenir le même raisonnement et dire qu'il ne fait pas un paiement, mais bien qu'il renouvelle sa dette. Il n'effectue pas un paiement au sens propre du mot, il lui remet un titre représentatif d'une certaine valeur, qui lui permettra de toucher du numéraire à l'échéance. Mais si le tiré ou le souscripteur du billet ne paie pas à cette date, le débiteur n'est pas libéré. La loi ne s'est pas placée à ce point de vue : elle considère la lettre de change et le billet à ordre comme de véritables espèces, et la remise de ces valeurs constitue à ses yeux un paiement. Créer une lettre de change au profit d'une personne, c'est, dit-on, accomplir une véritable délégation. Oui, mais elle est permise par la loi et n'en est-il pas de même chaque fois qu'un commerçant prend dans son portefeuille un effet de commerce et qu'il l'endosse au profit d'un de ses créanciers ? « On ne peut établir, entre les effets
« créés par le débiteur et ceux qui lui auraient été
« remis par des tiers, une distinction que repoussent
« les termes généraux de la loi, non moins que les
« usages et les nécessités du commerce². » On objecte encore que le bénéficiaire d'un billet à ordre ne verra pas sa position améliorée par ce paiement,

1. Bédarride, t. I, n° 113 *bis*.

2. Cass., 10 mai 1865, *Sir.*, 65, 4, 277, et pour les billets à ordre, Cass., 10 juin 1873, *Dal.*, 74, 4, 83.

et qu'il pourra être obligé de rapporter comme s'il avait reçu un paiement en espèces. Cela fût-il exact que nous n'en serions pas moins fondé à dire que, théoriquement, un billet à ordre souscrit par un négociant au profit de son débiteur constitue un paiement en effets de commerce, c'est-à-dire un paiement inattaquable en vertu de l'article 446. Mais la situation de ce créancier est loin d'être restée la même : supposons-le de bonne foi au moment où le commerçant souscrit un billet à son profit ; puis il apprend le mauvais état des affaires du souscripteur lorsqu'il touche son paiement des mains d'un endosseur. Dans ce cas, l'article 449 le dispense du rapport. Au contraire, si le débiteur l'avait payé directement en espèces à cette époque, il pourrait être contraint de rapporter la somme (art. 447 ¹).

70. — Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse d'un commerçant tirant une lettre de change sur un tiers qui était son débiteur. Si nous supposons que le tiré ne devait rien et que le tireur lui envoie provision en période suspecte, nous retombons dans l'hypothèse que nous avons examinée précédemment (Section II, § I). Nous avons décidé qu'il y avait là paiement d'une dette non échue, nul aux termes de l'article 446. Si cette provision consistait en marchandises, le paiement serait doublement nul puisqu'il y aurait, en outre, une *datio in solutum*.

71. — Ce que nous avons dit de la lettre de change et du billet à ordre s'applique, *a fortiori*, au chèque

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2747, p. 712, et spécialement les notes 2 et 3. — Boistel, n° 950, p. 719. — Delamarre et Lepoitvin, t. VI, nos 151 et suiv.

qui, dans les usages du commerce, est considéré absolument comme du numéraire. Il circule encore beaucoup plus facilement que les deux titres précédents, puisqu'il est nécessairement payable à vue¹.

72. — On s'est demandé si les billets en blanc devaient être rangés dans la catégorie des effets de commerce. Avant de trancher cette question, il y a lieu de rechercher si l'émission de ces titres est licite dans la législation actuelle. L'affirmative est à peu près universellement admise par la doctrine et la jurisprudence². Aucun texte de loi ne proscriit les billets en blanc; ils tendent au même but que les billets au porteur, et il y aurait une véritable anomalie à permettre les uns et à interdire les autres. On a dit que la création de ces effets était prohibée par une loi du 20 vendémiaire an IV; mais cette disposition n'avait trait qu'aux négociations en blanc de billets à ordre et de lettres de change. Ce point élucidé, revenons à notre question : pour nous, le débiteur, qui paie son créancier avec des billets en blanc, se libère avec des effets de commerce, et cette opération ne saurait être critiquée en vertu de l'article 446 C. Co. Les billets en blanc sont d'un usage fréquent aujourd'hui; lorsque le souscripteur est une personne solvable, ils circulent exactement comme de l'argent. Les commerçants en émettent souvent et les acceptent sans difficulté en paiement. Au point de vue de sa transmission, ce titre présente même des avantages sur le billet à ordre. Veut-on le céder à un tiers? Une

1. Paris, 26 novembre 1880, *Dal.*, 82, 1, 147.

2. Boistel, *op. cit.*, p. 587. — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 1414. — Pau, 6 avril 1886, *Dal.*, 86, 2, 230.

simple tradition suffit, il n'est pas besoin de recourir à un endossement. N'est-ce pas l'effet de commerce qui se rapproche le plus du numéraire par la facilité avec laquelle il passe de main en main? Du reste, rien n'est plus simple que de le transformer en billet à ordre régulier, il n'y a qu'à remplir le blanc. En vain objecterait-on que cette solution est impossible parce que le titre dont nous nous occupons ne contient pas la clause à ordre. Est-ce là un exemple unique dans notre législation? Nous avons déjà vu que le chèque, qui ne renferme pas toujours la clause à ordre, est bien cependant, de l'avis de tous, un effet de commerce ¹.

En pratique, il faudra avoir soin de distinguer les billets en blanc des reconnaissances de dette; ces dernières ne peuvent être regardées comme des titres de circulation et leur transmission serait nulle en vertu de l'article 446 C. Co. Il y aurait là un véritable transport de créance.

73. — La facture acquittée que le vendeur remet à l'un de ses créanciers pour en toucher le montant entre les mains de l'acheteur ne constitue pas un paiement en effets de commerce. Cela se conçoit : entre commerçants, la facture n'est pas considérée comme du numéraire, et l'on ne peut imposer au créancier cessionnaire l'ennui et le déplacement qui résulteraient pour lui de la nécessité d'aller toucher au domicile de l'acheteur ce qui lui est dû.

1. En ce sens, voir un article de M. Bailly, dans les *Annales de droit commercial*, 1890, p. 113. *Contra* : Cass., 13 novembre 1889, *Ann. de droit comm.*, 1890, p. 113.

74. — Nous en dirons autant des coupons d'actions et d'obligations échus et au porteur. Sans doute, quelquefois les commerçants les reçoivent en paiement, mais néanmoins il n'est pas dans l'usage de les considérer comme des valeurs de circulation. Le créancier est parfaitement libre de les refuser, car, en les acceptant, il serait contraint, pour en toucher la valeur, de se déranger, d'aller aux bureaux de la société ou de les faire encaisser par un banquier qui exigerait pour cela une commission. Par leur nature et la façon dont ils sont convertis en argent, ces titres doivent être exclus de la catégorie des effets de commerce ¹.

75. — Il y a lieu de décider de même pour un titre au porteur qui présente encore plus d'inconvénients, pour celui qui le reçoit, qu'un simple coupon. Sa valeur n'est pas fixe, elle varie suivant les cours de la bourse ; en outre, ce titre n'est pas facilement négociable puisque, si le détenteur n'a pas sous la main quelqu'un qui veuille l'acheter, il doit le faire vendre en bourse par le ministère d'un agent de change.

1. Cass., 29 janvier 1870. *Dal.*, 71, 1, 289. Il s'agissait, il est vrai, dans le cas soumis à la Cour de Cassation de coupons dont la valeur n'était pas déterminée et dépendait de la liquidation de la société. Nous croyons que la même solution doit être donnée alors même que leur valeur serait parfaitement fixe et certaine, car la disposition que nous étudions est exceptionnelle, le principe c'est que toute cession de créance est nulle. Une exception est admise en faveur des effets de commerce, il ne faut pas l'étendre en dehors de ces limites. Voir en ce sens : Caen, 13 février 1890, *Journ. des fail.*, 1890, p. 416. Consult. aussi l'article précité de M. Bailly, en note sous un arrêt de Cass. 13 novembre 1889, *Annales de droit commercial*, 1890, p. 113.

76. — On s'est demandé également si les récépissés et les warrants devaient être considérés comme effets de commerce ? Lorsqu'un négociant dépose des marchandises dans un magasin général, il reçoit deux titres en échange : le récépissé et le warrant. Ces titres sont transmissibles par voie d'endossement soit isolément, soit ensemble. Le déposant veut-il donner à un tiers un droit absolu sur ces marchandises ? Il lui transfère les deux titres. Dans cette hypothèse, si l'endossement est fait dans le but de s'acquitter envers ce tiers d'une dette de somme d'argent, il y a paiement nul de droit en vertu de l'article 446 ; c'est une *datio in solutum*. Le débiteur serait au contraire valablement libéré si les marchandises livrées au moyen de cet endossement étaient l'objet même de la dette, sauf, bien entendu, l'application possible de l'article 447.

Il y aurait également acte nul de droit si le déposant n'avait transféré que le récépissé, puisque c'est l'endossement de ce titre qui fait passer sur la tête du porteur la propriété des marchandises ¹.

Quant au warrant, il faut faire une distinction : l'endosseur est-il propriétaire des marchandises warrantées, c'est-à-dire le warrant n'a-t-il pas encore été endossé ? En le transmettant à son créancier, il lui donne un gage pour dette antérieurement contractée, opération nulle aux termes du dernier alinéa de l'article 446 ². Le warrant avait-il déjà circulé ? La pratique le considère comme un véritable effet de commerce. Le débiteur fait une opération

1. Cass., 27 juin 1882, *Journ. des fail.*, 1882, p. 321.

2. Rennes, 22 mars 1866, *Sir.*, 67, 2, 323.

identique à l'endossement d'un billet à ordre garanti par un gage. Il cède à son créancier la somme d'argent garantie par le warrant ; il fait donc un paiement valable ¹.

Section III.

Constitution d'hypothèque et de gage.

77. — L'article 446 *in fine* déclare nuls « toute
« hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous
« droits d'antichrèse ou de nantissement constitués
« sur les biens du débiteur pour dettes antérieure-
« ment contractées ». Précisons bien le sens de cette disposition : il ne s'agit pas ici d'une question de validité d'inscription, ce cas est prévu par l'article 448 C. Co., mais bien du point de savoir si le droit en lui-même, hypothèque ou privilège, est valable. On comprend aisément l'importance de cette question : le plus souvent, en effet, les tiers qui ont traité avec le commerçant, ont eu confiance en lui, se sont contentés de sa garantie personnelle et ne lui ont demandé aucune garantie réelle. Puis le mauvais état des affaires de ce négociant commence à être connu du public ; on se hâte alors, pour éviter la perte résultant d'une faillite ou d'une liquidation, de solliciter du débiteur la constitution d'un gage ou d'une hypothèque. La loi de l'égalité est rompue, la

1. Pour M. Alauzet (t. VI, n° 2514), les récépissés et les warrants doivent toujours être assimilés aux effets de commerce, mais l'auteur n'indique pas les motifs sur lesquels il se fonde pour établir cette assimilation.

constitution de garantie réelle est entachée de fraude. Il aurait été complètement inutile de prendre les mesures nombreuses que nous venons d'étudier sous l'article 446, si l'on avait pu arriver, en affectant à un créancier des immeubles, à un résultat identique à celui obtenu par une dation en paiement, une cession de créance, etc... Aussi de bonne heure comprit-on la nécessité de régler le sort des hypothèques consenties pendant la période suspecte. La déclaration du 18 novembre 1702 décidait déjà que les actes et obligations, passés par devant notaires, et les jugements, obtenus par l'un des créanciers, n'acquéraient aucune hypothèque ni préférence sur les chirographaires, s'ils n'étaient antérieurs aux dix jours précédant la faillite publiquement connue.

78. — Le Code de Commerce se montrait aussi extrêmement sévère sur ce point : « Nul ne peut acquérir privilège ou hypothèque sur les biens du « failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture « de la faillite. » (Art. 443.)

79. — On avait critiqué avec raison cette disposition qui outrepassait la mesure, et faisait tomber des actes qui étaient à l'abri de tout soupçon de fraude, tels que l'hypothèque légale et les privilèges. Du reste, même restreint aux hypothèques conventionnelles, ce texte était encore trop sévère, il enlevait toute sécurité au commerce : un négociant désire contracter un emprunt ; il va trouver un tiers et lui offre comme garantie une hypothèque sur un immeuble. Le prêteur, croyant n'avoir rien à craindre, consent le prêt. Puis, quelque temps après, l'emprunteur est déclaré en faillite ; la constitution

d'hypothèque ayant eu lieu pendant la période suspecte, on l'annulait en vertu de l'article 443. Néanmoins, le contrat principal, le prêt subsistait ; on en faisait seulement disparaître les accessoires. C'était contraire à la volonté des parties. En 1838, on a voulu répondre à ces critiques et on a établi une distinction : l'hypothèque est-elle consentie au moment de la naissance de la créance ? elle est maintenue. N'est-elle constituée qu'après que la dette a été contractée ? elle tombe sous le coup de l'article 446. Cette solution est facile à justifier : si le créancier a exigé postérieurement une garantie réelle de son débiteur, c'est qu'il pressentait la catastrophe ; il y a là un acte suspect et, sans méconnaître la volonté des parties, on peut très bien l'annuler, puisque la garantie, n'étant intervenue qu'après coup, n'a pas été la condition qui a déterminé le créancier à traiter. Au contraire, si l'hypothèque a été accordée au moment où la créance a pris naissance, c'est une des conditions du contrat, un accessoire qui doit suivre le sort du principal ¹.

80. — L'hypothèque consentie antérieurement à la naissance de la créance échappe également à la nullité de l'article 446, car cette hypothèque est la cause du crédit accordé et les mêmes raisons de décider que nous avons fait valoir dans l'hypothèse précédente peuvent être invoquées ici. Ce cas se présentera notamment lorsqu'un banquier ouvrira un

1. Voir sur ce point le rapport de M. Renouard lors de la discussion de la loi de 1838, dans son *Traité des faillites*, t. I, p. 384, et p. 386 les observations de M. le Garde des sceaux, Barthe.

crédit à un tiers et exigera comme sûreté une garantie réelle¹.

L'article 446 serait encore sans application si l'hypothèque était constituée par un tiers, au lieu de l'être par le débiteur, puisque, dans ces conditions, elle ne saurait porter aucune atteinte aux droits de la masse.

81. — Passons en revue successivement les différentes garanties réelles.

§ I. — Hypothèques.

Elles sont conventionnelles, judiciaires ou légales.

A. Hypothèques conventionnelles.

82. — *Primus* est créancier de *Secundus* ; pendant la période suspecte, il obtient de son débiteur une hypothèque sur un de ses immeubles ; l'article 446 s'applique, elle est nulle de droit. Si la créance et la garantie prennent naissance en même temps, l'hypothèque est maintenue. Mais *Primus* était créancier de *Secundus* avant la période suspecte ; après la cessation des paiements, il fait un nouveau prêt à son débiteur et exige de lui une hypothèque comme garantie, tant de sa créance nouvelle que de l'ancienne. Sans doute, si *Primus* connaissait la situation de son co-contractant, l'opération entière pourrait être annulée en vertu de l'article 447. Mais s'il l'ignorait, que décider ? Il est incontestable que la partie de l'hypothèque qui garantit l'ancienne dette est nulle ;

1. Cass., 8 mars 1854, *Sir.*, 56, 1, 170.

au contraire, l'hypothèque est parfaitement valable en tant que sûreté de la dette nouvelle ; il serait, du reste, injuste de l'annuler puisque la masse profite du prêt consenti au commerçant. L'hypothèque subsistera donc, mais ne garantira que la dernière créance.

83. — *Primus* prête 1.000 francs à *Secundus* avant la période suspecte ; l'emprunteur lui promet, comme garantie, une hypothèque sur un de ses immeubles, mais il ne réalise effectivement sa promesse qu'après la cessation des paiements ou pendant les dix jours qui la précèdent. Les créanciers composant la masse seront-ils bien fondés à demander la nullité de cette hypothèque ? Au premier abord, il semble que non : cette garantie, qu'obtient le créancier pendant la période suspecte, n'est-elle pas l'exécution d'une convention valablement consentie ? *Primus* ne s'est pas contenté de la garantie personnelle de l'emprunteur, il a exigé quelque chose de plus, et cela à un moment où rien ne faisait encore pressentir que le commerçant ne pourrait plus rester à la tête de ses affaires. Comment présumer la fraude et dire que ce créancier a voulu se créer une position privilégiée et porter préjudice à la masse ? Cependant nous croyons que les prétentions des créanciers devraient être admises : il s'agit bien, en effet, d'une hypothèque constituée pendant la période suspecte pour dette antérieurement contractée. L'emprunteur, il est vrai, avait promis cette garantie avant la cessation de ses paiements, mais la promesse d'une hypothèque n'équivaut pas à sa constitution, et l'exécution de cette promesse a eu lieu à une époque où elle n'était plus susceptible d'être réalisée. *Primus* intentera, s'il le juge à propos,

contre *Secundus*, une action en dommages-intérêts pour inexécution de son obligation, mais il ne sera pas recevable à demander le maintien de l'hypothèque, autrement, combien la fraude serait facile! L'emprunteur dirait à son prêteur : Je veux bien vous donner une hypothèque sur mes immeubles, je m'y engage, mais je ne la constituerai à votre profit que plus tard pour ne pas m'enlever mon crédit. Cette convention resterait secrète entre les parties, puis, quand arriverait la débâcle du commerçant, on verrait apparaître cette hypothèque; les tiers qui auraient traité en toute confiance avec le commerçant se trouveraient manifestement lésés, et se verraient enlever un gage sur lequel ils avaient dû compter.

84. — Le dernier alinéa de l'article 446 parle des hypothèques consenties pour dettes antérieurement contractées; doit-on en conclure qu'elles seraient valables lorsqu'elles garantiraient une obligation antérieure, mais résultant d'un délit ou d'un quasi-délit? Ce n'est pas ainsi que doit être interprétée cette disposition; en parlant de dettes contractées, le législateur n'a pas eu en vue uniquement les dettes résultant d'obligations; il a employé le langage courant et n'a nullement entendu exclure les autres dettes; il a statué de *eo quod plerumque fit*. C'est ainsi que dans l'article 14 C. Civ. il parle également d'obligations contractées, et cependant tous les auteurs reconnaissent que ce texte s'applique aux obligations nées de délits et de quasi-délits.

85. — Supposons qu'un commerçant commette un délit ou un quasi-délit; une transaction intervient et immédiatement une hypothèque est consentie comme

garantie de l'exécution de la transaction. Si le fait délictueux est antérieur à la cessation des paiements et aux dix jours précédents, et la transaction postérieure à cette date, l'hypothèque sera nulle ; la dette résulte non pas de la transaction qui n'a qu'un but, déterminer le chiffre des dommages-intérêts et éviter un jugement, mais du délit lui-même, c'est-à-dire d'un fait antérieur à la constitution de l'hypothèque. Nous appliquerons donc l'article 446¹.

B. Hypothèque judiciaire.

86. — Souvent aux approches de la faillite ou de la liquidation judiciaire, un créancier bien informé se hâte de prendre jugement contre son débiteur et fait inscrire aussitôt l'hypothèque résultant de la décision du tribunal. Le législateur a voulu prévenir cette fraude, et a décidé avec raison que l'hypothèque judiciaire obtenue pendant la période suspecte, pour sûreté de créances préexistantes, serait nulle au même titre que l'hypothèque conventionnelle. On a critiqué cette disposition, bien à tort selon nous. En effet, qu'on ne dise pas que tous les créanciers sont dans la même situation. Les plus rapprochés du domicile du débiteur sont mieux renseignés. Puis, en respectant les hypothèques judiciaires, ce seraient précisément les créanciers les plus durs pour leur débiteur qui seraient favorisés. Enfin, les collusions avec le commerçant seraient à redouter : pour favoriser un créancier, il se laisserait condamner par

1. Rouen, 16 mars 1878, *Sir.*, 80. 2, 53.

défaut et permettrait ainsi à ce dernier de se créer une situation privilégiée.

87. — L'hypothèque judiciaire est toujours nulle de plein droit, alors même qu'elle résulterait d'un jugement prononçant une condamnation à des dommages-intérêts. En vain objecterait-on que la créance est concomitante à l'hypothèque ! En réalité, cette créance ne résulte pas du jugement, elle existait au moment même où le fait qui lui a donné naissance était accompli, et le jugement n'a fait que la constater et en déterminer le *quantum*. Cependant l'hypothèque serait valablement constituée dans le cas où la créance résulterait du jugement lui-même, par exemple lorsqu'elle garantit la condamnation aux frais (art. 130 C. Pr. Civ.), car la créance et l'hypothèque prennent naissance ensemble.

88. — Nous pensons aussi qu'elle serait inattaquable si elle dérivait d'un jugement pris par défaut avant la période suspecte et maintenu sur opposition après la cessation des paiements. En effet, elle est née à un moment où aucun obstacle ne s'y opposait ; elle a pu être régulièrement inscrite à cette époque, puisque l'inscription n'est qu'un acte conservatoire que la loi permet d'accomplir même avant la signification du jugement. Au surplus, on ne peut pas dire que cette mesure a été prise parce qu'on craignait que le commerçant devint incapable de remplir ses engagements ; rien ne faisait encore prévoir cet événement.

C. Hypothèque légale.

89. — L'article 446 ne mentionne pas les hypothèques légales, elles ne sont donc jamais nulles de droit, et cela se comprend facilement : elles naissent toujours en même temps que la créance qu'elles garantissent, ou lui sont antérieures. Ce seul motif aurait suffi à faire écarter l'application de l'article 446. En outre, elles dérivent de la loi elle-même et non de la volonté des parties, ce qui exclut tout soupçon de fraude.

90. — Dans la pratique, il s'est élevé des difficultés sérieuses au sujet de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous allons examiner les principales.

On sait qu'aux termes de l'article 2135 C. Civ., la femme a une hypothèque légale sur les biens de son mari, pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, pour indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, pour garantie des sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage et, enfin, pour le emploi de ses propres aliénés. Or, lorsqu'un commerçant voit ses affaires péricliter, il lui arrive fréquemment de faire intervenir sa femme pour se créer des ressources nouvelles, donner un plus grand essor à son commerce et sortir ainsi de la situation embarrassée dans laquelle il se trouve. Si ses prévisions se réalisent, si l'évènement redouté est évité, cette opération est parfaitement licite et à l'abri de toute critique. Mais supposons que, malgré

le nouveau crédit qu'il a obtenu, il se voit néanmoins contraint de déposer son bilan ; ses créanciers devront-ils respecter la subrogation consentie par la femme ? N'auront-ils aucun moyen de soumettre à la loi de l'égalité le créancier qui aura voulu s'en affranchir ? Cette question ne comporte pas une réponse unique, et pour en trouver la solution, il nous faut jeter un rapide coup d'œil sur les divers procédés que peut employer la femme pour subroger un tiers dans ses droits contre son mari.

91. — *Première hypothèse.* — *Primus* et sa femme empruntent solidairement, pendant la période suspecte ou les dix jours précédents, une somme de 50.000 francs à *Tertius*. La femme étant considérée comme la caution de son mari, il naît immédiatement à son profit une hypothèque légale contre celui-ci pour la garantir de l'obligation qu'elle a contractée (art. 1431 et 2135, 2^o C. Civ.). Elle subroge le tiers dans son hypothèque légale. Le résultat est facile à comprendre : au cas de faillite ou de liquidation, le prêteur, s'il n'est pas remboursé, viendra, au nom de la femme, exercer l'hypothèque légale de cette dernière à son rang et primera les hypothécaires postérieurs et tous les chirographaires. S'il a été désintéressé, c'est la femme qui se fera payer sur les biens de son mari, par préférence aux autres créanciers qui, de toute façon, subiront un préjudice. La masse sera-t-elle tenue de respecter cette opération, ou pourra-t-elle, au contraire, invoquer l'article 446 ?

91 bis. — On est généralement d'accord sur la solution de cette question ; l'article 446 est inapplicable pour deux raisons : la première, c'est que nous

nous trouvons en présence d'une hypothèque légale, et que l'article 446 ne vise que celles résultant d'une convention ou d'un jugement. C'est un texte de droit étroit que l'on ne doit pas étendre par analogie. En second lieu, la garantie naît en même temps que la créance, et dût-on considérer l'hypothèque comme conventionnelle, qu'elle n'en serait pas moins valable aux termes de l'article 446 lui-même. La masse n'a pas à se plaindre ; si elle se voit opposer l'hypothèque, elle retrouvera dans l'actif une contre-valeur, la somme versée par le prêteur.

91 *ter.* — Seulement les créanciers auront toujours la ressource d'invoquer l'article 447 qui est un texte large visant tous les actes à titre onéreux passés par le débiteur pendant la période suspecte¹. Mais les chances de réussite de cette action seront beaucoup moins grandes, car ils auront à prouver que le tiers a traité connaissant la cessation des paiements de son co-contractant. Nous croyons aussi qu'ils devront rapporter la preuve que la femme a participé à la fraude : elle est partie à l'acte et a intérêt au maintien de son hypothèque. Si l'article 447 annule des paiements de dettes échues, des contrats à titre onéreux inattaquables d'après le droit commun, c'est que le législateur a voulu punir le tiers de mauvaise foi ; l'annulation est une sorte de peine qu'il lui inflige pour avoir tenté de se soustraire à la loi de l'égalité et de porter préjudice à la masse. La femme, dans notre hypothèse, doit être traitée comme un tiers, puis-

1. Cass., 24 décembre 1860. *Journ. du Palais*, 1861, 225. — Cass., 11 décembre 1876, *Sir.*, 77, 1, 406. — Lyon-Caen e Renault, t. II, n° 7767, p. 725.

qu'elle a le même intérêt que lui au contrat. On ne peut lui faire subir le préjudice résultant de l'annulation de l'hypothèque que si elle a su qu'elle participait à une fraude en subrogeant le tiers dans ses droits ¹.

Les créanciers feront difficilement toutes ces preuves : le commerçant qui, pour continuer ses affaires, emprunte une somme d'argent solidairement avec sa femme, accomplit un acte normal ; la situation est semblable à celle que nous avons étudiée à propos de l'hypothèque conventionnelle constituée pour dette nouvelle. Il faudra une fraude bien caractérisée pour faire tomber l'opération.

92. — Deuxième hypothèse. — *Primus* était créancier de *Secundus* avant que celui-ci eût cessé ses paiements. Pendant la période suspecte, la femme de *Secundus* s'oblige solidairement avec son mari au remboursement de la somme due et subroge le créancier dans son hypothèque légale. Nous supposons que la femme n'avait à ce moment aucune reprise à exercer ou que la subrogation ne porte que sur l'hypothèque résultant à son profit de son engagement. La femme ou le subrogé pourra-t-il se prévaloir de cette hypothèque à l'encontre de la masse. Remarquons-le, une seule question se pose, celle de la validité de l'hypothèque ; la masse ne peut songer à attaquer l'engagement pris par la femme ; il s'agit, en effet, du cautionnement d'une dette ancienne. Or, peu importe à la masse que ce soit le créancier qui produise ou la femme, puisque le résultat sera toujours le même à son égard. Mais où son intérêt

1. Nancy, 19 mars 1879, *Sir.*, 79, 2, 113.

apparaît, c'est lorsqu'il s'agit de savoir si l'hypothèque sera maintenue ou annulée : selon la solution donnée, la femme (ou son subrogé) produira à la faillite ou à la liquidation comme hypothécaire ou comme simple chirographaire, et dans le premier cas, absorbera souvent la plus grande partie de l'actif, tandis que, dans le second, elle n'obtiendra qu'un dividende.

93. — Le syndic ou le liquidateur pourra-t-il invoquer l'article 446 pour faire tomber l'hypothèque ? On l'a soutenu : sans doute, a-t-on dit, l'hypothèque qui naît au profit de la femme pour la garantir des dettes contractées avec son mari est bien qualifiée de légale, mais, en réalité, la convention qui intervient entre la femme et le tiers modifie son caractère ; c'est une sorte d'hypothèque mixte, une hypothèque qui a sa source dans un acte émanant de la volonté des parties et qui, par suite, doit tomber sous le coup de l'article 446. Cette solution est seule capable de sauvegarder les intérêts de la masse : le débiteur, ne pouvant plus constituer d'hypothèque conventionnelle, fera intervenir sa femme et obtiendra indirectement le même résultat que s'il avait consenti lui-même l'hypothèque ¹.

Cette distinction est absolument arbitraire : les hypothèques sont conventionnelles, judiciaires ou légales, mais elles ne sont que cela. Celle dont nous nous occupons est qualifiée de légale par la loi elle-même ; les conventions dont elle peut faire l'objet ne

1. Bédarride, *Faillites*, t. I, n° 123 *ter*. — Nancy, 4 août 1860, *Sir.*, 61, 2, 119 ; 10 août 1875, *Sir.*, 76, 2, 245 ; 4 mars 1876, sous Cass. 11 décembre 1876, *Sir.*, 77, 1, 406.

sauraient en aucune façon modifier son caractère. Or, comme il s'agit d'une hypothèque légale, l'article 446 est forcément inapplicable¹.

94. — Nous reconnaissons, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, que si les créanciers composant la masse subissent un préjudice par suite de la subrogation consentie par la femme, ils peuvent, à défaut de l'article 446, invoquer l'article 447². On a cependant cherché à écarter ce texte; voyons rapidement les raisons que l'on a mises en avant : le législateur déclare annulables les actes émanés du failli, et le même raisonnement s'appliquerait au liquidé; or, ici la constitution d'hypothèque n'est pas faite par lui. Les hypothèques judiciaires ou conventionnelles pour dettes antérieurement consenties sont nulles parce que l'on craint une entente entre le débiteur et son créancier. Ici rien de semblable à redouter : l'hypothèque naît indépendamment de la volonté du failli; elle résulte de la loi elle-même. Une fois cette hypothèque née, la femme est pleinement capable d'en disposer au profit de qui elle voudra.

94 bis. — Le vice de ce système, c'est de scinder en deux parties l'opération qui intervient : sans doute, l'hypothèque naît *ipsa vi legis*; sans doute, la femme a pleine et entière capacité pour disposer des recours

1. La jurisprudence est maintenant définitivement fixée en ce sens : Cass. 9 décembre 1868, *Sir.*, 69, 1, 117. — Cass., 11 décembre 1876, *Sir.*, 77, 1, 406. La Cour de Nancy elle-même, après avoir résisté pendant longtemps, s'est ralliée à cette opinion (19 mars 1879, *Sir.*, 79, 2, 113). Voir sous cet arrêt une note et l'indication des auteurs et arrêts en faveur de notre solution.

2. Cass., 24 décembre 1860, *Sir.*, 61, 1, 538.

en garantie qu'elle a contre son mari; mais ce qu'il faut examiner, c'est l'opération dans son ensemble. Quel but les parties ont-elles eu en vue? Nous avons supposé que la femme n'avait aucune reprise à exercer contre son mari, et que c'était son cautionnement qui avait fait naître une hypothèque à son profit; en outre, elle est de mauvaise foi puisque, sans cette condition, on ne pourrait invoquer l'article 447. Elle se prête donc à une fraude concertée avec le tiers pour assurer à celui-ci un paiement intégral, tandis qu'il ne devrait venir qu'au marc le franc. Or, l'article 447 a précisément pour but de faire tomber les actes à titre onéreux, accomplis en vue de frustrer la masse. C'est se conformer à l'esprit de ce texte que de déjouer cet expédient et de faire tomber l'hypothèque ¹.

95. — Il en serait autrement si l'hypothèque légale de la femme avait une cause antérieure à la subrogation; par exemple, si la femme avait des reprises à exercer à raison de sa dot ou du remploi de propres aliénés. La femme a une fortune personnelle, elle veut en disposer au profit d'un créancier de son mari et subroge ce créancier dans les effets de l'hypothèque légale qu'elle avait avant la subrogation. C'est affaire à elle et la masse n'a rien à voir dans cette opération. Le tiers se présentera aux lieu et place de la femme et viendra, au rang occupé par cette dernière, toucher le montant de la créance garantie par l'hypothèque.

1. Cons. une note de M. Labbé sous arrêt de Cass. du 27 avril 1881, *Sir.*, 81, 1, 393.

96. — Supposons que les créanciers, invoquant l'article 447, aient triomphé dans leur action; alors se pose une question, non plus entre la masse et le créancier subrogé, mais entre la femme et le subrogé. La femme pourra-t-elle dire à ce dernier : lorsque j'ai consenti la subrogation à votre profit, je comptais sur le maintien de mon hypothèque et, de cette façon, j'espérais me retirer indemne de la convention que j'avais passée avec vous. On annule le contrat pour partie en faisant tomber mon hypothèque, je demande à ce qu'il soit annulé pour le tout et à considérer comme non avenue l'obligation que j'avais contractée envers vous.

97. — Quelques auteurs et un certain nombre d'arrêts ont admis ces prétentions¹. Pour les justifier, on fait valoir plusieurs considérations : la femme, dit-on, en premier lieu, peut invoquer la nullité de son obligation, car pour s'obliger il lui faut l'autorisation de son mari, et ce dernier n'a pu valablement la lui donner pendant la période suspecte².

C'est là qu'est l'erreur : même après le jugement déclaratif de faillite, et à plus forte raison, après le jugement déclarant ouverte la liquidation judiciaire, le mari conserve, malgré le dessaisissement, le droit d'autoriser sa femme. *A fortiori* en est-il de même pendant la période suspecte³.

1. Nancy, 4 août 1860, *Sir.*, 61, 2, 119; 4 mars 1876, sous un arrêt de Cass. du 11 décembre 1876, *Sir.*, 77, 1, 406, et l'arrêt précité de la même Cour du 19 mars 1879, *Sir.*, 79, 2, 113.

2. Coin-Delisle, *Revue critique de législation*, 1853, t. III, p. 221. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 447.

3. Aubry et Rau, t. III, p. 224, note 27.

La femme s'est engagée solidairement ; or, il est de l'essence de la solidarité que le co-débiteur ait un recours contre son co-débiteur, ce qui fera défaut ici. On a répondu avec beaucoup de justesse que la femme, malgré l'inefficacité de son hypothèque, conserve toujours un recours : elle produira comme simple chirographaire.

98. — On invoque, en outre, un autre argument qui paraît plus concluant et auquel on attache une grande importance, si l'on en juge par les développements qu'on lui accorde : lorsque la femme s'oblige solidairement avec son mari, elle est réputée simple caution de celui-ci. Les articles 1431 et 2135 C. Civ. combinés lui accordent un recours contre son mari, recours garanti par une hypothèque légale. La pensée du législateur est bien facile à saisir : il ne veut pas que la femme éprouve un dommage lorsqu'elle s'engage uniquement dans l'intérêt de son conjoint. Il crée une sorte de lien indissoluble entre l'obligation de la femme et la garantie qu'il lui donne. Anéantir l'hypothèque, c'est par contre-coup détruire l'engagement de la femme.

Mais on oublie deux choses : d'abord la femme n'est pas privée de tout recours, elle en a toujours un contre la masse, conformément au droit commun. Puis il est inexact de prétendre que son hypothèque disparaît complètement ; elle est seulement déclarée inefficace à l'égard de la masse. Supposons qu'il n'y ait ni faillite, ni liquidation, la femme veut faire valoir son hypothèque légale, mais tous les biens du mari sont hypothéqués ou il ne possède aucun immeuble ; voilà son hypothèque incapable de produire effet.

Pourrait-elle soutenir que l'obligation solidaire est nulle? Assurément non; la question d'efficacité du recours n'intéresse pas le tiers, et les conséquences n'en doivent pas rejaillir sur lui. Or, ici la situation est absolument identique : dès que le mari a cessé ses paiements, et même depuis les dix jours précédents, ses biens sont réservés par la loi à tous les créanciers; « ils ne sont plus libres en ce sens qu'ils
« ne peuvent plus être affectés à un des créanciers
« au préjudice des autres par un acte volontaire et
« gratuit du mari (art. 446), ni par un acte quel-
« conque accompli en connaissance de la cessation
« des paiements et respirant la fraude (art. 447)¹. »

La femme produira donc à la distribution des deniers comme simple chirographaire et ne touchera qu'un dividende. Au surplus, cette solution n'a rien d'injuste pour elle : l'hypothèque légale ne peut être déclarée nulle à l'égard de la masse que si la femme a participé à la fraude; elle a donc su en s'obligeant qu'elle avantagerait un créancier, que la masse subirait un préjudice dont cette dernière demanderait réparation et, qu'en conséquence, son recours pourrait être compromis. Dans de telles conditions pourquoi la loi viendrait-elle à son secours ²?

1. Labbé, note sous l'arrêt de Cass. du 27 avril 1881, *Sir.*, 81, 1, 393.

2. Voir en ce sens une savante dissertation de M. Ortlieb sous l'arrêt de la Cour de Nancy du 19 mars 1879, *Sir.*, 79, 2, 113, et celle de M. Labbé indiquée à la note précédente. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 724.

§ II. — Privilèges.

99. — De même que les hypothèques légales, ils ne tombent pas sous l'application de l'article 446, à l'exception toutefois du privilège du créancier gagiste. La raison en est facile à saisir : naissant indépendamment de la convention, par la seule force de la loi, ils excluent tout soupçon de fraude. D'autre part, ils prennent naissance en même temps que la créance garantie et jamais postérieurement. Mais remarquons que, si le privilège comme tel est inattaquable, il n'en est pas de même de l'acte d'où il dérive, qui pourra être annulé, en vertu des articles 446 et 447, et entraîner avec lui la chute du privilège.

100. — L'application aux divers privilèges des principes que nous venons de poser ne soulève pas de difficultés. Celui du commissionnaire, fondé sur une convention tacite de gage, avait donné lieu à d'assez vives controverses, dans le détail desquelles nous ne voulons pas entrer ; elles ont été tranchées par la loi du 23 mars 1863. D'après le nouvel article 95 C. Co., ce privilège garantit même les avances faites par le commissionnaire antérieurement à l'arrivée des marchandises ¹.

101. — Cependant, par faveur pour la masse, on a modifié, en notre matière, certaines règles du droit civil relatives aux privilèges. C'est ainsi que celui du bailleur est notablement diminué relativement aux

1. Boistel, p. 723.

créances garanties par lui (art. 450 et 550 C. Co.). On a même supprimé complètement le privilège du vendeur d'effets mobiliers (art. 550 C. Co.).

§ III. — Gage et antichrèse.

102. — L'article 446 *in fine* dit : nantissement et antichrèse. Cette formule est impropre, puisque le mot nantissement a un sens très étendu et désigne à la fois le gage et l'antichrèse (art. 2071 et 2072 C. Civ.). Ici, sous le nom de nantissement, la loi a voulu parler du nantissement d'une chose mobilière, c'est-à-dire du gage. Le gage est soumis aux mêmes règles que les hypothèques conventionnelles : valable si le contrat de gage intervient en même temps que l'obligation, il est nul s'il garantit une créance antérieure. Rien n'est plus juste que cette assimilation : le gage n'est qu'une hypothèque portant sur des meubles ; si, comme tout privilège, il résulte de la loi elle-même, il ne faut pas oublier que la convention joue un rôle considérable dans sa création, et que toute créance peut être accompagnée d'une constitution de gage. Lorsqu'elle sera postérieure à la créance, on l'annulera, car le tiers en retire un avantage précieux pour lui, et qui porte préjudice à la masse. Au contraire, s'il exige un gage au moment même où se forme sa créance, on ne peut suspecter sa bonne foi : il n'a pas eu confiance dans la solvabilité de son co-contractant, il a exigé une garantie, et il serait contraire à la volonté des parties de faire disparaître la constitution de gage, et de maintenir la convention principale.

103. — Il y a donc une importance considérable à connaître la date exacte de la mise en gage et, à ce point de vue, il importe de savoir si le gage est civil ou commercial. Dans le premier cas, c'est l'article 2074 C. Civ. qui est applicable, c'est-à-dire que pour que l'acte constitutif soit inattaquable, à l'égard de la masse, il faudra qu'il ait acquis date certaine avant la période suspecte. Dans le second cas, le gage est soumis à l'article 91 C. Co., et on peut le prouver par tous les moyens indiqués par l'article 109 C. Co.

104. — Le contrat de gage suppose la réalisation de l'objet engagé, or il peut se faire qu'avant la période suspecte, le débiteur ait promis de donner, à l'un de ses créanciers, un gage, mais qu'il ne le livre effectivement que pendant cette période; l'article 446 n'est certainement pas applicable, car cette tradition de l'objet engagé n'est que l'exécution d'une convention antérieure parfaitement licite. Notre texte ne vise que le contrat de gage lui-même et non son exécution, sauf cependant si l'on établissait qu'il y a fraude concertée entre les parties¹.

Nous croyons cependant que le législateur aurait agi sagement en insérant une disposition semblable à celle qu'il a édictée en matière d'hypothèque. L'article 448 permet, en effet, d'annuler toute inscription prise plus de quinze jours après la constitution d'hypothèque. Or la tradition de l'objet est en matière

1. Dijon, 20 mars 1882, *Journ. des fail.*, 1882, p. 554. — Boistel, p. 722. — Demangeat, t. V, pp. 248 et 249. *Contra* : Troplong, nantissement, n° 276.

de gage, l'équivalent de l'inscription. On aurait dû en tirer cette conséquence que la constitution de gage serait inefficace, toutes les fois qu'un délai de quinze jours se serait écoulé entre le contrat de gage et son exécution.

105. — Lorsque le gage porte sur une créance mobilière, le créancier gagiste n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique. Que décider, si la signification n'a lieu qu'après la cessation des paiements ? Nous pensons que le gage n'en est pas moins valablement constitué, et cela, pour les motifs que nous avons exposés en examinant le sort d'une cession de créance, faite avant la période suspecte, mais signifiée seulement pendant ce temps ¹.

106. — On s'est demandé si l'article 446 serait applicable au cas où un objet, valablement donné en gage, serait remplacé par un autre pendant la période suspecte, et on a répondu avec raison que cette substitution n'était pas visée par le texte et qu'aucun argument sérieux ne pouvait être mis en avant pour la faire annuler. La masse n'éprouvera de ce chef aucun préjudice, puisque si elle perd ses droits sur le nouvel objet donné en nantissement, elle profite de l'ancien qui fait retour au débiteur. En outre, le créancier gagiste n'avait prêté son argent que sur la foi du premier gage ; s'il s'en est dessaisi, c'est uniquement parce qu'il comptait sur le second qu'on lui

1. Cass., 16 juin 1848, *Sir.*, 48, 1, 465.

a livré. Permettre à la masse de le lui enlever serait consacrer une profonde injustice ¹.

Notre solution ne serait plus la même, si le créancier gagiste avait laissé vendre son gage et n'en avait demandé un autre que longtemps après.

107. — L'antichrèse est le nantissement d'une chose immobilière (art. 2072 C. Civ.). Cette garantie est, en pratique, d'un emploi très rare ; cependant, par suite des droits considérables qu'elle confère à l'antichrésiste, elle est susceptible de causer un grave préjudice à la masse. La loi annule l'antichrèse comme le gage, pour les mêmes raisons, et la soumet à des règles identiques. Pour être maintenue, la constitution d'antichrèse doit avoir acquis date certaine avant la période suspecte, mais il n'est pas nécessaire qu'elle ait été transcrite avant cette date ; la transcription n'est qu'une mesure de publicité qui pourra intervenir jusqu'au jugement déclarant la faillite, ou ouvrant la liquidation judiciaire.

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2763, p. 721. — Boistel, p. 723.

CHAPITRE II

NULLITÉS FACULTATIVES

108. — L'article 446 que nous venons d'étudier est limitatif ; en dehors des hypothèses qu'il prévoit, le juge ne peut pas prononcer la nullité. Cependant certains actes qui ne sont pas compris dans son énumération, quoique inattaquables en droit strict, sont de nature à porter un grave préjudice à la masse et à déguiser des fraudes. Il importait de donner aux tribunaux le droit de les faire tomber, lorsque certaines conditions se trouvaient réunies. La masse aurait pu, il est vrai, exercer l'action Paulienne, mais la comparaison que nous ferons plus loin, entre cette action et celle que lui a donnée le législateur en matière de faillite et de liquidation, montrera les avantages que lui procure cette dernière. Elle s'étend à tous les actes qui n'ont pas été visés par l'article 446, « tous autres paiements... et tous autres actes à titre onéreux. » C'est une formule très large qui comprend des actes qui lèsent moins profondément la masse que ceux de la catégorie précédente, puisqu'il s'agit de paiements de dettes échues ou de contrats dans lesquels le commerçant reçoit toujours un équivalent. Aussi devait-on se montrer plus difficile relativement à l'exercice de cette action.

109. — Après avoir signalé les conditions requises pour l'application de l'article 447 C. Co., nous verrons dans une 1^e Section quels sont les actes suscep-

tibles de tomber sous le coup de cet article et nous indiquerons les différences qui existent entre l'action de l'article 447 C. Co. et l'action Paulienne. Une II^e Section sera consacrée à la nullité des inscriptions des privilèges et des hypothèques.

110. — Quatre conditions sont nécessaires pour qu'un acte puisse être annulé en vertu de l'article 447 :

1^o Il faut qu'il ne soit pas visé par l'article 446 ou par un texte spécial.

2^o Le tiers contre lequel l'action est dirigée doit avoir eu connaissance de la cessation des paiements. Il est en faute de traiter avec le commerçant, d'en recevoir paiement pendant la période suspecte, car il sait qu'à partir de ce moment, des règles spéciales assurent l'égalité entre créanciers et interdisent à l'un d'eux de se créer une situation plus avantageuse. C'est en cela que consiste la fraude en notre matière. Il ne suffirait pas qu'au moment de l'opération le tiers ait connu la situation embarrassée de son co-contractant ; il faut qu'il ait su qu'à ce moment, il avait cessé ses paiements. C'est une question de fait que le juge tranche souverainement. En cas de contestation, le défendeur est présumé de bonne foi, et c'est au représentant de la masse de prouver que ce tiers connaissait la cessation des paiements, conformément à la maxime : *onus probandi incumbit actori*.

3^o Il faut que l'acte ait été passé, non pas dans la période suspecte, telle que la détermine l'article 446, mais seulement depuis la cessation des paiements. Cette condition découle de la précédente : du moment que la loi exige, pour annuler l'acte, qu'il

ait été accompli en connaissance de l'état de cessation des paiements, il doit être nécessairement postérieur à cette date.

4° Enfin, cet acte doit avoir été préjudiciable, autrement la masse n'aurait aucun intérêt à sa nullité et, partant, pas d'action.

111. — Ces conditions une fois réunies, le juge sera-t-il obligé de prononcer la nullité de l'opération attaquée? On l'a soutenu : dès qu'un acte visé par l'article 447 cause préjudice à la masse, il doit être annulé. On se fonde sur un incident qui s'est produit à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi. Un amendement proposé par M. Sevaistre, dans la séance du 30 mars 1838, avait pour but de remplacer le mot *pourront* par le mot *devront*; il fut rejeté, mais il semble résulter, dit-on, des paroles du rapporteur, que cette substitution ne fut pas admise, parce qu'en conservant le mot *pourront* on permettait aux juges de ne pas annuler l'acte quand il ne causait aucun préjudice à la masse ¹.

Cette interprétation est généralement repoussée : il résulte clairement de la lecture de l'article 447 qu'il s'agit dans ce texte d'une nullité facultative. Un acte qui cause préjudice à la masse peut très bien avoir été fait sans fraude : ainsi le débiteur vend depuis la période suspecte des marchandises à un commerçant, au cours normal ; puis, quelques jours après, une hausse considérable se produit ; la masse souffre un préjudice par suite de cette vente. Nous croyons néanmoins que les juges pourront la main-

1. Delamarre et Lepoitvin, t. VI, n° 150, p. 324. — Bédarride, t. I, n° 119.

tenir, tandis que, dans l'autre opinion, cela ne serait pas possible. La loi dit, en effet, *pourront* et non pas *devront*, et, lors des travaux préparatoires, aucun orateur n'a restreint, comme on le prétend, la portée de cette expression ¹.

112. — Toutes les nullités facultatives, comme les nullités de droit et pour les mêmes motifs, ne sont édictées qu'en faveur de la masse ; elle seule peut les invoquer.

Section I.

Des actes auxquels s'applique l'article 447.

113. — Ce texte, nous l'avons déjà dit, ne procède pas par énumération ; il parle d'une façon générale de « tous autres paiements faits par le débiteur pour « dettes échues et tous autres actes à titre onéreux, « par lui passés après la cessation des paiements ». Nous examinerons quelques cas d'application de cet article, ceux qui se présentent le plus fréquemment ou qui ont donné lieu à quelques difficultés dans la pratique.

§ I. — Paiements de dettes échues.

114. — Ces mots visent les paiements de dettes faits à l'échéance en espèces ou effets de commerce, qui ne tombent pas sous le coup de l'article 446. Pourquoi permettre d'attaquer ces paiements ? Cette disposition a été évidemment inspirée par le désir de

1. Renouard, t. I, p. 192. — Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 728. — Paris, 19 juin 1884, *Journ. des fail.*, 1884, p. 613.

maintenir une stricte égalité entre créanciers. Le législateur n'a pas voulu que le plus diligent ou le mieux informé pût toucher la somme entière qui lui était due, alors qu'il n'ignorait pas la cessation des paiements de son débiteur. Certains auteurs, partant de cette idée, en ont tiré la conséquence que le juge n'a plus un pouvoir d'appréciation, lorsqu'il s'agit de dettes échues payées à un créancier qui connaissait la cessation des paiements de son débiteur. Il doit nécessairement prononcer la nullité puisque, dans cette hypothèse, le préjudice causé à la masse est toujours certain¹. Cette opinion peut très bien se soutenir au point de vue législatif; elle a même été adoptée par les auteurs du projet de loi sur les faillites soumis aux Chambres. Mais en présence de l'article 447, elle est inacceptable; ce texte met sur la même ligne les paiements de dettes échues et les actes à titre onéreux; ce qui s'applique aux uns doit forcément s'appliquer aux autres. Du reste, alors même que la mauvaise foi du créancier est établie, cette liberté d'appréciation laissée aux juges peut encore se justifier : l'acte d'où est née la créance, si on l'envisage dans son ensemble, peut avoir été utile à la masse; annuler le paiement serait souvent détruire la convention dans son entier et causer un préjudice aux créanciers. C'est, par exemple, un paiement fait pour éviter la résolution d'une vente avantageuse ou encore un achat au comptant, de nature à faire réaliser au commerçant des bénéfices considérables. Dans tous ces cas, le juge appréciera

1. Bédarride, t. I, n° 119.

si la masse a intérêt au maintien ou à l'annulation du paiement et, par contre-coup, de l'opération entière.

§ II. — Actes à titre onéreux.

115. — Tous autres actes à titre onéreux, dit l'article 447; cette formule est extrêmement large et comprend tous les actes et engagements, aussi bien civils que commerciaux. On peut citer parmi les plus fréquents les constitutions d'hypothèque ou de gage non prévues par l'article 446, les subrogations à l'hypothèque légale de la femme, les ventes consenties à vil prix par le failli ou le liquidé, les achats faits à des conditions trop onéreuses. Les auteurs qui considèrent les constitutions de dot comme des actes à titre onéreux les soumettent à l'application de l'article 447.

116. — La jurisprudence décide qu'un compromis ne saurait être annulé en vertu de la disposition que nous commentons¹. Cette doctrine nous paraît contestable. Compromettre, c'est promettre ensemble; c'est s'engager à se soumettre à la décision d'arbitres choisis par les parties. Au fond, les parties contractent une obligation, puisqu'elles conviennent de tenir pour bonne la décision à intervenir et s'engagent à l'exécuter. C'est là évidemment un contrat à titre onéreux compris dans la formule de l'article 447.

117. — Nous avons décidé, sous l'article 446, que ce texte ne s'applique pas au partage dans lequel le commerçant intervient comme co-héritier ou co-pro-

1. Paris, 18 mars 1873, *Sir.*, 74, 2, 285.

priétaire. Cette opération échappe-t-elle aussi à la disposition que nous étudions en ce moment? Non, répond la doctrine¹. C'est là, sans nul doute, un acte à titre onéreux; il peut donner lieu à des fraudes nombreuses, et porter un grave préjudice à la masse. Il n'y a aucune bonne raison pour ne pas le mettre sur la même ligne que les autres actes à titre onéreux.

Nous préférons adopter le système admis par une jurisprudence constante. D'abord le partage n'est pas susceptible de tomber sous le coup de l'article 447, puisqu'il est déclaratif et non translatif de propriété (art. 883 C. Civ.). Il ne forme pas un titre d'acquisition ou d'aliénation pour les parties; chacune est censée avoir toujours eu dans son patrimoine les biens que le partage y a fait tomber. On ne peut donc considérer cette opération comme renfermant une aliénation consentie par le commerçant. En second lieu, l'article 882 C. Civ. est bien formel : les créanciers d'un co-partageant n'ont pas le droit d'attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé hors de leur présence, ou malgré une opposition formée par eux. Le désir du législateur a été de rendre stables et définitifs les partages afin d'assurer le repos et la sécurité des familles. En outre, ce sont des opérations longues et coûteuses; il importait de ne pas permettre de les annuler trop facilement. Aussi bien, en vue d'obtenir ce résultat, a-t-on dérogé à une règle fondamentale qui domine tout notre droit civil, à l'article 1167

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2773. — Demangeat, t. V, p. 265. — Bouniceau-Gesmon, *Revue critique de législation*, 1877, p. 479 et suiv.

C. Civ. Or, l'action qui sanctionne les dispositions de l'article 447, c'est l'action Paulienne transportée en matière de faillite et élargie dans l'intérêt de la masse ; à défaut de dispositions contraires, on doit la soumettre aux mêmes règles, et nous sommes d'autant plus disposé à lui appliquer le deuxième alinéa de l'article 1167, que les raisons de décider sont aussi puissantes dans un cas que dans l'autre. Du reste, la plupart du temps, ce ne sera pas le débiteur qui aura provoqué le partage, il n'aura fait que le subir (art. 815 C. Civ.). Comment lui faire grief d'avoir accédé à cette demande en partage, puisqu'il ne pouvait pas agir autrement ? Si ses créanciers redoutaient une fraude, ils avaient un moyen bien simple de la prévenir : user de la faculté que leur accordait l'article 882 C. Civ. et intervenir au partage¹.

118. — Examinons maintenant si un traité amiable intervenu entre un débiteur et ses créanciers est susceptible d'être annulé. Voici ce qu'il faut supposer : un commerçant est en état de cessation de paiements, ses créanciers, par commisération pour lui, ou encore dans leur propre intérêt, afin d'éviter les lenteurs et les frais, lui accordent un concordat amiable. Ils font une convention par laquelle ils lui remettent une partie de ses dettes et lui concèdent certains délais pour se libérer. Cette convention, non réglementée par le Code de commerce, est soumise aux principes généraux. Si le débiteur remplit ses engagements, aucune difficulté ne s'élève, mais souvent

1. Bordeaux, 4 avril 1876, *Sir.*, 77, 2, 257. — Pau, 28 février 1878, *Dal.*, 79, 2, 265.

il n'exécute son traité qu'à l'égard de quelques créanciers seulement. Les autres n'ayant pas été désintéressés provoquent l'ouverture de la faillite, ou bien le débiteur dépose lui-même son bilan et sollicite sa mise en liquidation judiciaire et la date de la cessation des paiements est reportée à une époque antérieure à la signature du concordat amiable. Le syndic ou le liquidateur pourra attaquer cet acte et demander le rapport à la masse des sommes touchées par certains créanciers. L'inexécution du traité vis à vis de quelques-uns le rend inexistant à l'égard de tous. De plus, c'est un acte à titre onéreux accompli en connaissance de cause pendant la période suspecte, ce qui suffit amplement à justifier l'application de l'article 447.

119. — Mais les choses peuvent ne pas se présenter toujours avec la même simplicité : *Primus* est en état de cessation de paiements ; il propose à tous ses créanciers de leur donner un certain dividende payable immédiatement en échange d'une quittance définitive et pour le tout. La convention est acceptée. *Primus* continue son commerce, contracte de nouvelles dettes et malgré ses efforts, ne peut se maintenir à la tête de ses affaires ; ses nouveaux créanciers l'obligent à déposer son bilan. Un jugement de report fixe la cessation des paiements à une époque antérieure au concordat amiable. Celui-ci sera-t-il respecté ? La Cour de Bordeaux s'est prononcée en faveur de l'affirmative¹. « Les articles 446 et 447, » dit-elle, ne sauraient atteindre un traité souscrit

1. Bordeaux, 5 avril 1870, *Sir.*, 70, 2, 311.

« par tous les créanciers, faisant à tous une situation
« exactement pareille et libérant le débiteur d'une
« manière définitive, moyennant un dividende
« payable comptant et pris sur l'actif dont il est
« actuellement en possession. » Et la Cour de Bordeaux se demande quelle est la masse par rapport à laquelle ce traité pourrait être annulé, et quels sont les créanciers qui souffriraient d'une façon quelconque de son maintien. En effet, le débiteur est libéré à l'égard de tous, puisque tous ont signé, et la loi d'égalité n'est pas violée, car ils sont dans la même situation, ayant consenti chacun la même remise.

119 bis. — Cette manière de voir ne nous semble pas exacte. Nous avons pris soin de préciser nettement la situation : le jugement de report a fait remonter la période suspecte à une époque antérieure à la signature du concordat amiable; celui-ci est donc intervenu postérieurement à la cessation des paiements, et les créanciers connaissaient bien la situation de leur débiteur puisque, s'ils ont accepté ce traité, c'était pour éviter une catastrophe plus considérable. Quant au préjudice résultant pour la masse de cette opération, il est incontestable; les créanciers postérieurs au concordat amiable toucheront un dividende plus fort si l'on rapporte à la masse les sommes reçues par les créanciers antérieurs. Supposons qu'au moment du traité, le débiteur ait eu un passif de 200.000 francs et un actif de 190.000 francs à répartir entre 10 créanciers. Pour éviter les complications, nous supposons par hypothèse tous leurs droits égaux; chacun recevra 10.000 francs.

Le commerçant continue ses opérations, mais la faillite ou la liquidation arrive : son passif nouveau s'élève à 100.000 francs, son actif est de 20 000 francs ; il a 10 créanciers nouveaux. Si l'on respecte le concordat amiable, la faillite ou la liquidation ne donnera qu'un dividende de 20 0/0 ; la somme à partager entre les 10 créanciers nouveaux étant de 20.000 francs, chacun recevra donc 2.000 francs. Au contraire, le traité est-il annulé, il y a alors une masse partageable s'élevant à 120.000 francs, qui, répartie entre les vingt créanciers, donne 6.000 francs pour chacun. Suivant que l'on maintient ou non le traité antérieur, le dividende à toucher par les nouveaux créanciers est plus ou moins fort. Le concordat porte donc préjudice à la masse. Toutes les conditions de l'article 447 se trouvant réunies, nous ne voyons pas pour quels motifs ce texte ne s'appliquerait pas à l'opération dont nous venons de parler. L'erreur dans laquelle est tombée la Cour de Bordeaux provient d'une confusion relative aux éléments composant la masse.

L'arrêt semble faire une distinction entre les créanciers antérieurs au concordat amiable et ceux qui lui sont postérieurs. Sans doute, pour les premiers, le principe d'égalité n'est pas violé, mais cette égalité doit exister à l'égard de tous les créanciers composant la masse. Celle-ci comprend, cela ne saurait être contesté, les créanciers postérieurs au concordat et en cette qualité, ils ont le droit d'attaquer les actes qui leur causent préjudice.

§ III. — Des actes judiciaires.

120. — Une question fort débattue divise les auteurs et la jurisprudence : les jugements obtenus par le créancier pendant la période suspecte peuvent-ils être atteints par les articles 446 et 447 C. Co.? Lorsque la fraude existe, un tiers qui n'a pas été partie au procès et auquel le jugement préjudicie a toujours la faculté d'attaquer la décision intervenue, au moyen de la tierce-opposition. C'est un droit qui appartient incontestablement à la masse représentée par le syndic ou le liquidateur. Mais peut-on faire tomber ces jugements sans recourir à la procédure de tierce-opposition et en invoquant purement et simplement les articles 446 et 447? La question ne se pose que pour les jugements causant un préjudice à la masse et procurant certains avantages à ceux qui les obtiennent; encore faut-il que ces créanciers n'agissent pas en vertu d'un droit spécial tel qu'un privilège ou une hypothèque; dans ce cas, ils pourraient commencer ou continuer des poursuites individuelles.

121. — On sait que les jugements sont de deux espèces, déclaratifs ou attributifs. Les premiers ne font que reconnaître un droit préexistant et, à toute époque, la personne nantie de ce droit peut s'adresser à la justice pour le faire reconnaître. La déclaration de faillite ou l'ouverture de la liquidation n'y met pas obstacle; elle nécessite seulement l'emploi de formalités spéciales. Aussi admet-on sans contestation que ces jugements échappent à la nullité des articles 446 et 447.

Les seconds sont attributifs; ils donnent un droit nouveau à celui qui les obtient. Cette catégorie est de beaucoup la moins nombreuse; néanmoins elle comprend certaines décisions intervenant fréquemment pendant la période suspecte, notamment les jugements validant une saisie-arrêt. Aussi les tribunaux ont-ils été souvent appelés à statuer sur la question qui nous occupe.

122. — Avant de la discuter, précisons bien l'hypothèse : *Primus* est créancier de *Secundus* qui a cessé ses paiements ; *Secundus* est, de son côté, créancier de *Tertius*. Pour obtenir paiement de *Secundus*, *Primus* pratique une saisie-arrêt entre les mains de *Tertius* et obtient un jugement validant cette saisie. *Primus* touche ainsi intégralement ce qui lui est dû, au lieu de venir au marc le franc comme ses co-créanciers. Le principe de l'égalité est violé; aussi les représentants de la masse ont-ils fait tous leurs efforts pour obliger le créancier désintéressé à rapporter ce qu'il avait reçu. Si la faillite ou la liquidation était déclarée alors que l'instance en validité était encore pendante, le jugement validant la saisie-arrêt ne pourrait plus intervenir à cause du dessaisissement. En vain objecterait-on que les jugements rétroagissent au jour de la demande, et qu'en conséquence le jugement qui nous occupe doit produire tous ses effets à dater du jour de l'introduction de l'instance. Ce serait oublier que la fiction invoquée n'est susceptible d'être appliquée qu'au cas où il s'agit d'un jugement déclaratif.

123. — Le jugement intervenu avant la déclaration de faillite ou l'ouverture de la liquidation est-il

encore susceptible d'opposition ou d'appel au moment où cet évènement se produit, notre question ne peut non plus se poser, puisque les syndics et les liquidateurs ont le droit de recourir à l'opposition ou à l'appel et que la masse n'est tenue de respecter que les actes définitifs. Remarquons, en outre, que le tribunal saisi d'une opposition, ou la Cour d'un appel, ne pourrait pas valider la saisie-arrêt; car, au moment où cette juridiction statuerait, le dessaisissement y mettrait obstacle.

124. — Il faut donc supposer que le jugement a été rendu et qu'il est passé en force de chose jugée pendant la période suspecte. Devra-t-il être maintenu alors qu'il causera préjudice à la masse et que le créancier au profit duquel il a été rendu sera de mauvaise foi? Non, ont répondu les syndics qui, pour soutenir leurs prétentions, ont d'abord invoqué l'article 446. L'opération que nous venons de décrire n'est autre chose, ont-ils dit, qu'un paiement par transport, paiement prohibé par l'article 446. C'est une erreur; ce texte ne vise que les paiements effectués de gré à gré par le débiteur sans l'intervention de la justice et, s'il y a ressemblance entre les deux situations, il n'y a pas identité absolue. On a insisté en montrant que les dangers résultant de cette opération étaient aussi grands pour la masse que ceux d'un paiement fait directement par le commerçant. Au surplus, le créancier va se trouver désintéressé autrement que par un paiement en espèces ou effets de commerce, le seul autorisé par l'article 446. La réponse est facile : en étudiant ce texte, nous en avons fait voir la portée et indiqué le caractère limi-

tatif. Il déroge au droit commun et ne peut être étendu aux cas qui ne sont pas visés par lui.

125. — La jurisprudence a repoussé avec raison l'argumentation des syndics ¹ qui, battus sur ce point, ont eu recours à un texte plus large, plus élastique, l'article 447. C'est au sujet de ce texte que la difficulté est véritablement sérieuse et que des raisons très puissantes ont été invoquées dans les deux sens.

Une chose paraît choquante au premier abord, c'est que la masse puisse faire tomber une décision de justice valablement rendue. Quel reproche adresser à un créancier qui a employé les moyens mis par la loi à sa disposition pour obtenir le remboursement de ce qui lui était dû? N'a-t-il pas été en droit de compter qu'en se conformant strictement à la procédure indiquée par le Code, en agissant au grand jour, en présence de magistrats, le paiement qu'il recevait devait être à l'abri de toute attaque?

Qu'un acte émanant de justice puisse être critiqué au cas de faillite ou de liquidation, cela n'a rien qui doive nous surprendre, puisque l'article 446 annule de plein droit l'hypothèque judiciaire prise pendant la période suspecte pour dette antérieurement contractée. Sans doute, le créancier a suivi la marche normale pour se faire payer, mais il était en faute en agissant ainsi, parce qu'il connaissait la situation de son débiteur; il n'a pas à se plaindre si on le force à rapporter ce qu'il a reçu. Il est dans la même situation que celui qui a obtenu un paiement en

1. Paris, 24 décembre 1849, *Sir.*, 53, 2, 227. — Bourges, 14 juillet 1851, *Sir.*, 51, 2, 737.

espèces ou effets de commerce; ce créancier avait bien aussi le droit d'espérer que ce paiement serait maintenu, car il le recevait dans les conditions mêmes où il devait être effectué! Néanmoins, au nom de l'égalité, on l'annule; ces deux créanciers sont dans une situation identique, leur sort doit être semblable. Cependant on insiste et l'on dit : il y a à redouter la fraude dans un paiement qui intervient de gré à gré entre le créancier et son débiteur; or, un semblable danger n'existe pas dans notre hypothèse : l'intervention de la justice déjouera toute entente frauduleuse; les magistrats ne valideront un jugement de saisie-arrêt qu'après s'être assurés, au préalable, qu'aucun concert frauduleux n'existait entre le saisissant et le débiteur. Du reste, alors même que cette décision lèserait les autres créanciers, ceux-ci seraient mal venus à se plaindre : la loi organise une publicité suffisante; elle prescrit certains délais pendant lesquels ils peuvent intervenir et démasquer les manœuvres qui portent atteinte à leurs droits; ils ne l'ont pas fait, ils ont été négligents et doivent en subir toutes les conséquences.

125 bis. — Ce raisonnement est loin d'être dépourvu de valeur, cependant il ne nous semble pas irréfutable. Comme on l'a remarqué fort justement, le juge ne voit que ce que les parties lui montrent et il peut être trompé. En outre, il n'a pas à se préoccuper de l'intérêt des tiers qui ne sont pas intervenus. La publicité existe, il est vrai, mais on sait comment procèdent les créanciers qui ont hâte d'obtenir un jugement leur assurant une situation privilégiée. La publicité est réduite au strict minimum, on

accomplit rapidement les formalités nécessaires et le résultat est atteint avant que les intéressés aient pu agir. D'ailleurs ceux-ci sont restés souvent inactifs en pleine connaissance de cause ; ils espéraient que leur débiteur sortirait de cet embarras passager ; ils ne l'ont pas fait déclarer en faillite dans la pensée qu'il ne tarderait pas à revenir à meilleure fortune. Leur inaction est-elle une faute dont ils doivent supporter le poids ? Que la fraude soit plus rare dans cette hypothèse, nous ne le nions pas ! mais elle est possible et lorsqu'elle sera constatée, nous croyons que le jugement sera susceptible d'être annulé tout comme un acte à titre onéreux quelconque passé par le failli.

125 ter. — Pourquoi établir une différence entre un jugement et un acte à titre onéreux ? L'égalité que le législateur a voulu assurer entre tous les créanciers n'est-elle pas violée dans un cas comme dans l'autre ? Il serait injuste de maintenir un avantage à un créancier, mieux informé ou moins conciliant, qui s'est hâté d'agir isolément, connaissant le mauvais état des affaires de celui qu'il poursuivait. L'article 447 est une disposition très large, en même temps que très équitable ; le législateur, après avoir énuméré limitativement certains actes particulièrement dangereux, a réuni tous les autres en une formule très compréhensive, et il a dit aux juges : lorsque vous vous trouverez en présence de ces actes portant préjudice à la masse et accomplis frauduleusement, vous les annulerez. N'est-ce pas se conformer à son désir que de ranger dans cette catégorie les jugements qui lèsent la masse. L'article 447, c'est le

droit commun en matière de faillite; c'est l'application du principe de la révocation des actes faits par un débiteur en fraude de ses créanciers, principe qui embrasse les jugements comme les autres actes.

125 *quater*. — On objecte, il est vrai, que nous traduisons mal la pensée du législateur qui, d'après nos adversaires, n'aurait visé que les actes accomplis de plein gré par le débiteur. « Paiements faits par le débiteur... actes à titre onéreux passés par lui, » voilà bien des locutions qui semblent faire échec à notre théorie. On pourrait soutenir, et cette réponse a été donnée par des jurisconsultes éminents, que le débiteur est partie au procès, qu'il est toujours mis en cause, et que notre solution, conforme à l'esprit du texte, l'est encore à sa lettre. Mais il ne faut pas attacher une importance considérable à l'argument qu'on nous oppose : l'article 447 a statué de *eo quod plerumque fit*; il n'a eu en vue que les hypothèses les plus fréquentes. Rappelons-nous la formule de l'article 446 : « sont nuls..., lorsqu'ils auront été faits par le débiteur, » et cependant, malgré des termes aussi précis, nous n'avons pas hésité, d'accord en cela avec tous les auteurs, à faire tomber sous le coup de cette disposition des actes dans lesquels le débiteur n'intervenait pas lui-même directement. Le législateur n'est pas toujours impeccable; voulant être trop concis, il devient parfois incomplet ou obscur. C'est faire œuvre de saine interprétation que de compléter sa pensée ou de l'éclaircir, et nous croyons que notre solution, conforme à l'équité et aux principes admis en matière de faillite, est l'ex-

pression fidèle de la volonté des auteurs de la loi de 1838 ¹.

126. — Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse d'un jugement de validité de saisie-arrêt. Notre solution serait la même au cas d'une distribution par contribution dans laquelle des créanciers auraient acquis, pendant la période suspecte, un droit exclusif sur les sommes mises en distribution, alors que d'autres créanciers, n'ayant pas produit en temps utile, auraient été foreclos. Si le syndic ou le liquidateur prouve la fraude des créanciers colloqués, il pourra demander la nullité des collocations qui causent préjudice à la masse.

127. — Deux espèces de jugement échappent cependant à la règle que nous venons de formuler. Ce sont, en premier lieu, ceux prononçant une séparation de biens ; cela se comprend, puisque la déclaration de faillite ou l'ouverture de la liquidation ne met même pas obstacle à l'exercice de cette action. En second lieu, ce sont les jugements d'expropriation

1. En ce sens : Cour de Paris, 8 mai 1879, *Sir.*, 80, 2, 161. La Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 17 mars 1879, rapporté dans Sirey avec l'arrêt précité de la Cour de Paris, semble donner une solution contraire en matière de transaction, mais elle a statué surtout en se fondant sur les circonstances de la cause. — Cass., 17 juin 1884, *Journ. des fail.*, 1884, p. 449. — Aix, 15 juillet 1889, *ibid.*, 1890, p. 260. Consulter aussi en faveur de l'opinion soutenue au texte une savante dissertation de M. Labbé, rapportée dans Sirey, 1880, 2, 161. — Demangeat sur Bravard, t. V, p. 264, note. En sens contraire voir un article très complet de M. Levillain publié dans Dalloz, sous l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 17 mars 1879, *Dal.*, 81, 2, 225. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2783, p. 736. — Dalloz, *Jurispr. génér. Supplement*, t. VII, v° *faillite*, n° 686.

pour cause d'utilité publique; l'intérêt social prime l'intérêt privé des créanciers. Aussi, en tout état de cause, un jugement de cette nature intervient-il valablement.

128. — Que décider à l'égard d'un jugement convenu ou d'expédient? Pour nous, un jugement de cette nature doit être assimilé aux jugements ordinaires, car il a la même autorité qu'eux et comme eux, il emporte hypothèque judiciaire¹.

129. — Souvent un jugement intervient pour consacrer une transaction, ou bien pour constater un accord survenu soit devant le juge de paix, soit par les soins d'experts chargés d'apprécier les droits respectifs des parties et de les concilier. Faut-il appliquer à ces différents jugements l'article 447? L'affirmative doit être admise sans hésitation, même par ceux qui ne reconnaissent pas, comme nous l'avons fait, qu'un jugement attributif est susceptible d'être annulé. En voici la raison : dans toutes les hypothèses que nous avons énumérées, nous nous trouvons en présence d'un acte émanant, en réalité, de la libre volonté des parties; ce sont elles qui transigent, déterminent leurs droits, se font des concessions réciproques; les magistrats ne rendent pas un jugement pour trancher un différend qui leur est soumis; ils constatent un accord intervenu. Cette convention, qui revêt les formes d'un jugement, doit être envisagée comme un acte émanant de la libre volonté des parties et comme telle, soumise à l'article 447.

130. — Il ne nous paraît pas douteux, non plus,

1. Aubry et Rau, t. III, § 265, pp. 254 et suiv.

que la transaction doive tomber sous le coup de l'article 447. On a cependant prétendu qu'un tel acte était simplement déclaratif de droit, que les parties, moyennant certaines concessions réciproques, faisaient reconnaître un droit préexistant et que, dès lors, la transaction devait être assimilée aux jugements déclaratifs. Cette assimilation s'impose d'autant plus que la transaction participe de l'irrévocabilité des jugements et, comme eux, acquiert force de chose jugée. Mais, malgré certaines ressemblances avec les jugements, cet acte n'en reste pas moins l'œuvre des parties; c'est une pure manifestation de leur volonté, susceptible de cacher une fraude et de causer un dommage à la masse. On ne fait que constater un droit préexistant, dit-on. Ce n'est pas absolument exact : en effet, le droit des parties n'est pas si certain que cela, puisqu'il fait l'objet d'un litige et que c'est précisément pour éviter un procès devant les tribunaux qu'un accord intervient. Dans cette opération nous retrouvons tous les éléments de l'acte à titre onéreux et nous devons, en conséquence, lui appliquer les dispositions de l'article 447.

§ IV. — Règles spéciales au paiement des effets de commerce.

131. — L'article 449 se rattache à l'article 447; c'est une exception à la règle générale. Il y a un lien étroit entre ces deux textes : dans les deux cas, les paiements qui sont visés se produisent dans la même période; dans les deux cas, la loi exige que le tiers, contre lequel l'action en rapport est dirigée, ait connu la situation du *solvens*.

Le Code de Commerce ne contenait aucune disposition relative au paiement des lettres de change et des billets à ordre. Le projet, qui devint la loi de 1838, était également muet sur ce point. Cependant la situation des porteurs d'effets de commerce était digne d'attirer l'attention du législateur, et un amendement fut proposé sur ce point par M. Jacques Lefebvre; il souleva de vives protestations, et ce n'est qu'après quatre jours¹ de discussion, qu'il fut adopté¹. Les conditions, dans lesquelles cette disposition législative fut votée, nous expliquent son peu de clarté.

A. — De la lettre de change.

132. Supposons une lettre de change payée par le tiré au porteur, à l'échéance, en espèces ou effets de commerce et sans protêt. Seulement, au moment où le porteur a reçu son paiement, le tiré était en état de cessation de paiements et l'*accipiens* le savait. Si l'article 449 n'existait pas, qu'arriverait-il? Le porteur ayant reçu de mauvaise foi un paiement en espèces, pendant la période suspecte, pourrait être tenu au rapport, par application de l'article 447. Ce résultat aurait produit de graves inconvénients : en effet, l'article 161 C. Co. impose au porteur l'obligation de recevoir paiement au jour de l'échéance et cela, sans qu'il ait à se préoccuper de la situation du tiré. En outre, la situation du bénéficiaire d'une lettre de change qui reçoit son paiement n'est pas celle d'un créancier ordinaire. Celui-ci touche les sommes

1. Séance des 9, 10, 11 et 12 février 1835. Voir, à cet égard, Renouard, t. I, p. 401.

qui lui sont dues ; on l'oblige au rapport ; il ne perd aucune des garanties sur lesquelles il comptait. Au contraire, le porteur d'une lettre de change a pour obligés non seulement le tiré, mais encore tous les garants. Pour exercer un recours contre eux, il faut qu'il n'ait pas été payé à l'échéance par le tiré et que le lendemain, il ait fait dresser un protêt faute de paiement. Lorsqu'il a présenté sa lettre au tiré, il en a touché le montant, et par conséquent, ne pouvait faire faire un protêt, alors même qu'il savait la situation embarrassée du *solvens*. Si on l'oblige au rapport, il ne lui est plus possible de recourir contre ses garants, puisqu'il n'a pas accompli les formalités exigées par la loi à cet effet. C'est pour parer à ces inconvénients que les auteurs de la loi de 1838 ont dérogé au droit commun en cette matière.

132 bis. — Il y avait, il est vrai, un moyen d'éviter ou plutôt de réparer cette injustice : le porteur aurait effectué le rapport, et on lui aurait restitué ses recours. En théorie, le remède est peut être bon, mais en pratique, il cesse d'être efficace : la situation des garants ne reste pas toujours la même, et de solvables qu'ils étaient, au moment du paiement de la lettre de change, ils auront pu devenir insolvable au moment où le porteur s'adressera à eux. D'ailleurs la loi n'aime pas ces recours tardifs en matière de lettre de change, c'est un obstacle à sa circulation, et tous les efforts du législateur ont eu pour but de favoriser la transmission rapide et facile des effets de commerce. C'est ce désir qui a contribué à faire adopter la disposition que nous étudions ¹.

1. Sur les motifs de la loi, voir les observations de MM. Tripier et Quénault, rapporteurs, dans Renouard, t. I, pp. 403 et 404.

133. — L'article 449 déroge à l'article 447 seulement; nous avons montré le lien étroit qui existait entre ces deux textes. De là, les conséquences suivantes :

1° Toutes les fois que le porteur aura reçu un paiement, consistant en autre chose que des espèces ou effets de commerce, l'article 446 s'appliquera. Cette *datio in solutum* sera nulle de droit.

2° Si le paiement a lieu avant l'échéance, il tombe sous le coup du même article. La dérogation n'a plus sa raison d'être puisque le porteur n'était pas tenu de demander son paiement à cette époque. On présume la fraude¹.

3° Est nul également le paiement intervenu après la déclaration de faillite ou l'ouverture de la liquidation judiciaire du tiré; le dessaisissement empêche ce dernier de se libérer valablement. En outre, l'article 449, texte exceptionnel qui doit être interprété strictement, ne parle que du paiement effectué avant le jugement déclaratif.

134. — Le porteur qui se trouve dans les conditions de l'article 449 ne peut être inquiété, mais la masse n'aura-t-elle aucun moyen pour faire rentrer dans l'actif du débiteur les sommes qu'il a payées en sa qualité de tiré? La loi permet d'intenter une action « contre celui pour compte duquel la lettre de « change aura été fournie ». Rien n'est plus facile que de justifier ce recours : c'est le tireur ou le donneur d'ordre qui, en réalité, a bénéficié du paiement; il est juste qu'il soit soumis au rapport. Supposons, en effet, *Primus* créancier de 1.000 francs de *Secun-*

1. Dijon, 19 février 1867, *Sir.*, 67, 2, 316.

duc ; celui-ci est en état de cessation de paiements. La créance arrive à échéance, il paie entre les mains de *Primus* qui connaissait sa situation. Ce paiement pourra être annulé. Si *Primus* fait toucher cette somme par un mandataire, *Tertius*, même solution ; l'action sera dirigée non pas contre *Tertius*, mais contre *Primus*. Or la situation du tireur ressemble beaucoup à celle de *Primus*. En créant une lettre de change sur *Secundus*, au profit de *Tertius*, il donne mandat à ce dernier de toucher ce que *Secundus* lui doit. Si le tiré paie au porteur, ce n'est que parce qu'il est débiteur du tireur ; c'est lui qui, en dernière analyse, reçoit le paiement du tiré et doit, en conséquence, être soumis à l'obligation du rapport.

Au cas où il y a un donneur d'ordre, l'action est exercée contre lui, car il est le véritable créancier.

135. — Pour que le syndic ou le liquidateur triomphe dans son action, il doit prouver que celui à qui il demande le rapport avait connaissance de la cessation des paiements, au moment de l'émission du titre ; peu importe que le porteur ait été de bonne ou de mauvaise foi. Pourquoi avoir pris en considération le moment de la création du titre, et non pas celui du paiement, ce qui semblerait beaucoup plus logique ? On a dit : le tireur ne participe pas au paiement, dès lors cet acte n'a aucune importance à son égard. Ce point de vue est inexact ; nous venons de montrer que le tireur joue dans cette opération le rôle de mandant. La véritable raison, c'est que le législateur considère qu'une fois la lettre de change émise, le tireur n'en est plus maître, son rôle est achevé. Est-il de bonne foi à ce moment ? il est à

l'abri de tout reproche, même si plus tard il apprend la cessation des paiements du tiré.

136. — Souvent un commerçant crée une lettre de change et laisse en blanc le nom du bénéficiaire, ou bien il est en même temps tireur et preneur. Ces titres ne constituent que des projets de lettres de change, ils ne deviendront de véritables lettres de change qu'au moment où le blanc sera rempli, ou la lettre de change endossée au profit d'un tiers. Pour que le tireur puisse repousser l'action en rapport, il faudra qu'il ait été de bonne foi à l'époque où le titre sera complété ou endossé ; l'émission, au sens de l'article 449, ne date que de cet instant. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il se dessaisit de la lettre de change, qu'il cesse d'en être le maître.

S'il s'agit d'un donneur d'ordre, on examinera s'il était de bonne ou de mauvaise foi au moment où il a donné l'ordre.

137. — Nous avons toujours raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse d'une lettre de change payée sans protêt, à l'échéance, par le tiré au porteur. Mais cette hypothèse n'est pas la seule, et voici ce qui arrive fréquemment en pratique.

1° Le porteur présente l'effet de commerce au tiré le jour de l'échéance, celui-ci refuse de payer ; un protêt est dressé, puis il se ravise et paie, mais à ce moment il avait cessé ses paiements.

2° Le tiré refuse de payer, le bénéficiaire s'adresse au tireur ou à un des endosseurs en état de cessation de paiements.

3° Enfin un endosseur, après avoir payé, exerce son recours contre un précédent endosseur qui satisfait à sa demande en temps suspect.

Le paiement effectué dans des conditions autres que celles que nous avons précédemment étudiées, est-il soumis à l'article 449 ? Cette question a fait naître de graves controverses, et si la jurisprudence est aujourd'hui définitivement fixée sur ce point, ce n'a pas été sans de longues hésitations. Quant aux auteurs, ils sont loin de s'entendre sur la solution de cette difficulté.

138. — Un premier système, admis maintenant par la Cour de cassation, restreint l'article 449 au paiement fait par le tiré à l'échéance sans protêt. Le droit commun est contenu dans l'article 447 ; c'est cette disposition qu'il faut appliquer dans tous les cas non prévus par un texte spécial. L'article 449 y déroge, il est vrai, mais seulement pour l'hypothèse que nous avons examinée en premier lieu. C'est un texte exceptionnel qu'il faut restreindre strictement à la situation qu'a eue en vue le législateur. Or, il résulte clairement des travaux préparatoires que, pendant la longue discussion à laquelle cet article a donné lieu, les orateurs ont toujours visé le cas d'un porteur payé sans protêt, à l'échéance, par le tiré. Voici comment s'exprimait le rapporteur, M. Tripier, devant la Chambre des Pairs : « Les porteurs, à
« l'échéance, sont dans la nécessité de recevoir le
« paiement ou de faire constater le refus par un pro-
« têt ; si le paiement est effectué, le protêt ne peut
« être fait et sans le protêt, pas de recours contre le
« tireur et les endosseurs. On ne pourrait, sans
« injustice, admettre une règle qui leur enlèverait
« en même temps les valeurs qu'ils ont reçues et leur
« recours contre les endosseurs. Ils ont été dans la

« nécessité de recevoir, ils conserveront le paiement ¹. »

Le rapport, fait par M. Quénault, à la Chambre des députés, n'est pas moins formel ², et tous ceux qui ont soutenu cet amendement ont, à maintes reprises, tenu le même langage ³.

Du reste, l'article 449 parle du *paiement* de la lettre de change; or, si nous nous reportons à la partie du Code de commerce qui traite de cette matière, nous voyons que le mot paiement désigne le paiement fait par le tiré; lorsqu'on agit contre un garant, on parle d'action en recours. L'article 160 C. Co. établit une distinction très nette à cet égard. Le législateur a certainement employé ici la même terminologie.

138 bis. — Dans toutes les autres hypothèses, la situation est bien différente : le porteur n'est pas déchu de tout droit; il pourra attaquer ses garants et obtenir d'eux la somme qu'il a été obligé de rapporter à la masse. Les motifs de la loi font défaut, il n'a pas besoin de protection. Prenons le cas d'un endosseur qui exerce son recours contre un précédent endosseur. En quoi est-il digne d'intérêt? Pourquoi la loi viendrait-elle à son secours? Il a plusieurs garants et il s'adresse précisément à celui qu'il sait sur le point d'être déclaré en faillite; qu'il supporte les conséquences de sa faute!

En outre, nous savons que si le porteur est à l'abri

1. *Moniteur Universel* du 12 mai 1836.

2. *Monit. Univ.* du 22 mars 1838.

3. Séance de la Chambre des députés du 9 février 1835 (*Monit. Univ.* du 10). — Séance du 16 février (*Monit. Univ.* du 17).

des poursuites, les créanciers ne doivent pas pour autant éprouver de préjudice, et nous avons dit qu'ils avaient un recours contre celui pour le compte duquel la lettre avait été fournie. Supposons que ce soit le tireur qui ait payé en période suspecte, le syndic ou le liquidateur ne pourra évidemment pas exercer de recours contre lui : le préjudice résultant pour la masse du maintien du paiement n'est susceptible d'être réparé que quand le rapport est demandé à une personne autre que le failli ou le liquidé. Ou encore, le paiement est effectué par un endosseur qui a cessé ses paiements. Pour que le recours soit possible, il faut que le tireur ait connu la situation du *solvens* au moment de l'émission du titre. On connaît toujours ou on peut toujours connaître celle du tiré, car lorsque la lettre est créée, le tiré existe, on sait quel il est; mais pour l'endosseur, cela est matériellement impossible : on ignore entre les mains de quelles personnes circulera le titre. L'action en recours est encore paralysée dans cette hypothèse. Voilà donc deux cas où la dernière disposition de l'article 449 devient lettre morte. La loi n'a certainement pas voulu consacrer une semblable solution ¹.

1. Boistel, p. 728. — Ruben de Couder, v^o faillite, n^{os} 427 et suiv. et les autorités citées. — Cass., 18 décembre 1865. *Sir.*, 66, 1, 137. — Cass. 15 mai et 27 novembre 1867, *Journ. du Palais*, 1867, p. 489 (note de M. Pont). — Cass., 12 avril 1875, *Dal.*, 76, 1, 38. — Cass., 1^{er} décembre 1879, *Sir.*, 80, 1, 158. La jurisprudence s'était d'abord prononcée en sens contraire : Cass. 16 juin 1846 (*Sir.*, 46, 1, 523) et 26 novembre 1855 (*Sir.*, 56, 1, 345). Un jugement assez récent du tribunal de commerce de Reims a statué conformément à l'opinion qui dominait autrefois en jurisprudence (Trib. de com. de Reims, 9 décembre 1884, *Journ. des fail.*, 1885, p. 41).

139. — Dans une deuxième opinion, on soutient que l'article 449 s'applique à tous les paiements. Le texte est général, dit-on; il ne fait aucune distinction, il parle du paiement de la lettre de change, sans préciser s'il y a eu protêt ou non et par qui il a été effectué. On ajoute que cette interprétation large cadre très bien avec les motifs de l'article 449. Sans doute, pendant la discussion, on a cité souvent le cas du porteur payé sans protêt à l'échéance par le tiré, et la nécessité de protéger ce porteur a été certainement une des raisons mises en avant pour justifier l'amendement proposé. Mais le motif véritable de notre disposition, c'est le désir de faciliter la circulation de la lettre de change, et ce but ne sera véritablement atteint que si l'on met tous les paiements à l'abri d'une action en rapport. Il est vrai qu'avec cette théorie le recours des créanciers composant la masse sera le plus souvent impossible, mais, dans l'article 449, la question du recours n'est qu'accessoire, secondaire; le législateur s'est surtout préoccupé de dispenser le tiers porteur du rapport et non de rendre le recours toujours possible ¹.

140. — On a élevé plusieurs objections contre les deux systèmes que nous venons d'exposer. A l'encontre du premier, on dit que sa base est trop étroite et que loin de faciliter la circulation de la lettre de change, il l'entrave, contrairement au vœu de la loi. Puis plaçons-nous en présence d'une lettre de change tirée par *Primus* au profit de *Secundus* sur *Tertius*.

1. Renouard, t. I, p. 404. — Demangeat sur Bravard, t. V, pp. 272 et 273, note. — Rataud, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXVIII, 1866, pp. 489 à 491.

Celui-ci paie sans protêt à l'échéance. C'est l'hypothèse prévue par l'article 449. Supposons la lettre de change restée entre les mains de *Secundus* et le paiement reçu par lui ; en outre, le tireur n'avait pas fait provision entre les mains du tiré. Si l'article 449 n'existait pas, *Secundus* devrait rapporter ; alors il aurait un recours contre le tireur et celui-ci serait tenu de l'indemniser même s'il n'y avait pas eu protêt. Le porteur n'avait donc pas besoin d'être protégé d'une façon spéciale, le droit commun lui suffisait et c'est cependant uniquement à cette hypothèse que la jurisprudence applique l'article 449.

Le second système prête également le flanc à la critique. A l'opposé du premier, il repose sur une base beaucoup trop large et favorise ouvertement la fraude. Un exemple suffit à le prouver. *Primus*, qui a cessé ses paiements, doit 1.000 fr. à *Secundus* ; s'il lui verse cette somme lui-même, ce paiement pourra être annulé en vertu de l'article 447. Voici alors la combinaison à laquelle il aura recours : il créera une lettre de change au profit de *Secundus* sur un individu qui n'est pas son débiteur ou même qui n'existe pas. A l'échéance la traite sera impayée, *Secundus* exercera un recours contre le tireur qui lui remettra 1.000 francs et, avec l'interprétation de l'article 449 admise par le second système, *Secundus* ne pourra pas être inquiété. Le législateur n'a certainement pas entendu prêter la main à de pareilles fraudes.

141. — Pour éviter les reproches adressés à l'une et à l'autre de ces théories, certains auteurs ont adopté un système intermédiaire. M. Labbé, qui l'a formulé le premier, établit la distinction suivante :

tantôt le paiement intervient entre personnes qui n'ont pas contracté l'une avec l'autre et qui ne sont unies que par le lien résultant de la lettre de change. Tantôt il a lieu entre personnes ayant contracté ensemble, et la traite n'a été émise que pour régler ces rapports préexistants.

Au premier cas, l'article 449 trouvera son application ; au second, c'est la règle de l'article 447 qu'on devra suivre. On dit, de cette façon, la disposition exceptionnelle de l'article 449 s'appliquera à toutes les personnes qui auront besoin de son secours et non au cas où la fraude sera possible. Ainsi cette disposition ne protégerait pas un endosseur qui a été payé par son cédant ou le porteur qui a reçu la somme de son endosseur immédiat. Au contraire, on devrait soumettre à l'article 449 le paiement fait par le tiré au porteur qu'il y ait ou non protêt.

Pour soutenir ce système, on prétend que la loi n'a nullement songé à ces questions de recours, elle a seulement voulu innocenter le paiement, autrement elle avait à sa disposition un moyen beaucoup plus simple, soumettre dans tous les cas le porteur au rapport et faire revivre ses recours. Dans leurs discours, MM. Tripier et Quénault ont sans cesse fait allusion aux tiers-porteurs. N'est-ce pas laisser entendre que le porteur n'est pas uni par un lien contractuel avec le *solvens* ¹ ?

142. — Cette distinction très ingénieuse ne s'ap-

1. Consulter sur ce point deux dissertations : l'une de M. Labbé, publiée dans Sirey, 1866, 1, 137, sous un arrêt de Cass. du 18 décembre 1865, l'autre de M. Beudant dans Dalloz, 1867, 1, 417.

puie sur aucun argument bien solide. Peut-être qu'en législation une semblable théorie aurait quelques chances de succès, mais n'oublions pas qu'ici nous devons interpréter la loi et non la créer. Or, on ne trouve aucune trace de cette distinction entre les paiements, ni dans l'article 449, ni dans les travaux préparatoires. Les orateurs ont, il est vrai, employé souvent l'expression *tiers-porteur*, mais c'est le terme qui sert à désigner le porteur ou le bénéficiaire de la lettre de change, et il n'y a aucun argument à tirer de cette circonstance. On prétend que si l'intention du législateur avait été de porter secours au bénéficiaire de la lettre de change, il aurait employé un autre moyen. Mais nous avons déjà montré les inconvénients résultant de ces recours qu'on aurait fait revivre après coup, et leur inefficacité dans la plupart des cas. Nous n'hésitons donc pas à repousser ce système.

Restent en présence les deux autres. Sans nier la force des arguments du second, nous croyons qu'il doit être également rejeté. Nous avons vu les fraudes nombreuses auxquelles il pouvait donner lieu. En outre, il a le tort de faire de l'article 449 le droit commun, tandis que ce texte est exceptionnel et que le droit commun en matière de faillite est contenu dans l'article 447. Nous n'appliquerons donc l'article 449 qu'au paiement fait par le tiré au porteur, à l'échéance, sans protêt. On nous a objecté que dans cette hypothèse le porteur n'avait précisément pas besoin du secours de la loi. Cela est vrai si le titre reste entre les mains de celui en faveur duquel il a été créé; mais c'est un cas tout à fait anormal, la lettre de change est

un effet de commerce destiné à circuler ; dans la réalité elle passe de main en main, et le législateur en écrivant l'article 449 n'a pas eu en vue le cas peu fréquent où elle resterait dans le portefeuille du premier bénéficiaire ¹.

B. Du Billet à ordre.

143. — Nous appliquerons au billet à ordre les solutions que nous venons de donner pour la lettre de change. Lorsque le souscripteur d'un billet à ordre le paie à l'échéance, sans protêt, au porteur, l'opération est valable, quoique ayant eu lieu pendant la période suspecte. Un recours pourra seulement être exercé contre le premier endosseur s'il a su que le souscripteur avait cessé ses paiements. Il y a, en effet, émission au sens de l'article 449, non pas au moment où le billet est souscrit, mais à l'époque du premier endossement. C'est alors seulement que le titre commence à circuler comme monnaie commerciale. Si le billet reste entre les mains du porteur, ce n'est pas un titre de crédit, c'est une simple promesse de payer ; le paiement, intervenant dans ces conditions, tomberait sous le coup de l'article 447.

C. Du Chèque.

144. — L'article 449 ne pouvait pas mentionner le chèque puisqu'à l'époque de sa rédaction il n'existait pas encore. La loi qui a organisé chez nous ce titre

1. M. Bailly à son cours.

de crédit date, en effet, du 14 juin 1865. Devons-nous néanmoins appliquer aux chèques les solutions que nous venons de donner pour la lettre de change et le billet à ordre? Si l'on interprétait le texte rigoureusement on devrait dire : l'article 449 est exceptionnel, on ne peut l'étendre par analogie à un cas pour lequel il n'a pas été créé. Cependant il nous semble plus équitable d'assimiler, sur ce point, le chèque à la lettre de change ; les traits de ressemblance entre ces deux titres sont, du reste, assez nombreux et les motifs de la loi se retrouvent ici avec la même force. Les auteurs de la loi de 1865 ont tenu à voir circuler le chèque absolument comme du numéraire ; pour arriver à ce résultat, ils ont même fait disparaître certaines formalités gênantes de la lettre de change et ont autorisé les chèques au porteur. Nous traduisons donc la pensée du législateur en supprimant les obstacles à la circulation du chèque. En outre, le bénéficiaire d'un chèque a besoin de la même protection que le porteur d'une lettre de change, et il serait bizarre de voir une législation venant au secours de l'un, tandis qu'elle négligerait complètement l'autre, alors que tous deux se trouvent dans la même situation relativement à l'exercice des recours.

§ V. — Différences entre l'article 447 C. Co. et l'article 1167 C. Civ.

145. — On a pu constater par les explications qui précèdent la grande analogie qui existe entre les nullités facultatives de l'article 447 C. Co. et l'action Paulienne. Cependant des différences assez nombreuses les séparent ; il nous reste à les signaler.

146. — A certains égards, l'action révocatoire de l'article 1167 est plus large, plus facile que l'action en nullité de l'article 447 :

1° Elle peut être intentée individuellement et séparément par chacun des créanciers, tandis que c'est la masse seule qui a le droit de se prévaloir de l'article 447 :

2° Elle n'est pas limitée dans le passé ; elle permet d'atteindre des actes antérieurs à la cessation des paiements.

147. — Cependant l'action Paulienne est en général d'un accès moins facile et d'un maniement moins commode que l'action en nullité de l'article 447 :

1° Le demandeur qui invoque l'article 1167 doit prouver que le débiteur, en accomplissant l'acte attaqué, a su qu'il créait ou augmentait son insolvabilité et s'est rendu compte du préjudice qu'il causait ainsi à ses créanciers. En un mot, il doit établir la fraude. Au contraire, poursuit-on la nullité d'un acte en vertu de l'article 447, on est dispensé de faire cette preuve.

2° Relativement au tiers, l'article 447 est également moins exigeant que l'article 1167. En effet, pour réussir dans l'exercice de l'action Paulienne, il faut démontrer que le tiers connaissait l'insolvabilité du débiteur. D'après l'article 447, il suffit que le tiers ait connu la cessation des paiements, ce qui n'implique pas nécessairement insolvabilité.

3° L'action Paulienne ne peut être exercée que par les créanciers antérieurs à l'acte attaqué ; l'action de l'article 447 est intentée par le syndic ou le liquidateur au nom de la masse, c'est-à-dire des créanciers postérieurs et antérieurs.

4° Lorsque la nullité est prononcée en vertu de l'article 447, elle produit son effet à l'égard de tous les créanciers. On discute, au contraire, la question de savoir si l'action Paulienne profite à tous les créanciers, même à ceux qui ne pouvaient l'intenter¹.

5° L'article 447 est, d'une part, plus large que l'article 447, en ce sens qu'il embrasse les actes à titre gratuit; mais, d'autre part, il est moins compréhensif puisque certains paiements, ceux de dettes échues, échappent à l'action Paulienne, tandis qu'ils peuvent être attaqués en vertu de l'article 447.

Section II.

De la nullité des inscriptions de privilèges et d'hypothèques.

148. — Nous traitons de cette matière sous la rubrique *des nullités facultatives*, et nous rattachons ainsi le commentaire de l'article 448 à celui de l'article 447, contrairement à la division suivie d'ordinaire. Les auteurs considèrent, en effet, les nullités dont nous nous occupons comme formant une catégorie spéciale, se distinguant aussi bien de celles de l'article 446 que de celles de l'article 447. Il est bien évident qu'on ne peut faire rentrer la nullité des inscriptions dans la catégorie des nullités de droit, puisque le tribunal ne la prononce que s'il le juge à

1. Voir sur cette question Aubry et Rau, t. IV, § 313, p. 142. — Colmet de Santerre, t. V, n° 182 *bis*, XV. — Laurent, t. XVI, n° 489. — Demolombe, t. XXV, n°s 263 à 268.

propos. Mais il nous semble qu'elle doit être rattachée logiquement au groupe des nullités de l'article 447. Dans les deux cas, il y a une faculté laissée au juge qui verra si le créancier a été négligent, imprudent ou de mauvaise foi, et si l'acte attaqué a causé un réel préjudice à la masse. Ce pouvoir d'appréciation, donné aux tribunaux par l'article 447, se retrouve avec les mêmes caractères dans l'article 448, et ce point commun nous permet de ranger ces nullités dans le même groupe. Sans doute, aux termes de l'article 447, la masse, pour triompher dans son action, doit prouver la fraude du tiers, tandis qu'aucune preuve de ce genre ne lui incombe lorsqu'elle demande la nullité d'une inscription de privilège ou d'hypothèque, mais cette différence tient, non pas à la nature de ces nullités, mais aux conditions d'exercice de l'action et nous en verrons la raison en étudiant les motifs de l'article 448.

149. — L'article 2146 C. Civ. dispose que « elles
« (les inscriptions) ne produisent aucun effet, si elles
« sont prises dans le délai pendant lequel les actes
« faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés
« nuls ». Or, au moment de la promulgation du
Code civil, la déclaration du 18 novembre 1702 était
toujours en vigueur, et elle annulait les actes faits
dans les dix jours précédant la faillite. Les inscriptions
de privilèges et d'hypothèques subissaient donc
le même sort. Le Code de Commerce ne s'occupait
pas des inscriptions, seulement il réglait l'étendue
de la période suspecte et déclarait nuls certains
actes accomplis depuis l'ouverture de la faillite ou
pendant les dix jours précédents. De sorte que,

durant cette période, aucune inscription ne pouvait être prise, et les hypothèques ou privilèges, valablement concédés avant cette époque, se trouvaient dépourvus d'effet. C'était d'une sévérité excessive, et il importait de faire une distinction entre la concession d'une garantie accordée pendant la période suspecte, par un débiteur à son créancier et les formalités destinées seulement à conserver un droit préexistant et à le rendre efficace.

150. — L'article 448 C. Co. pose un principe nouveau : la règle est que « les droits d'hypothèque » et de privilège, valablement acquis, pourront être « inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de « faillite ». Nous devons ajouter depuis la loi du 4 mars 1889, et jusqu'au jour du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire. Valablement acquis, nous dit le texte ; cela implique que le droit en lui-même n'est pas contesté, autrement c'est aux articles 446 et 447 qu'il faudrait se reporter.

Cette disposition se justifie facilement : une personne prête une certaine somme à un commerçant ; pour sûreté de sa créance, elle exige une garantie réelle. Ou bien un créancier se fait consentir une hypothèque pour sûreté d'une dette préexistante. Mais immédiatement après cette convention et avant même que le tiers ait eu le temps matériel de faire procéder à l'inscription de cette hypothèque, le commerçant cesse ses paiements. Il eût été injuste de déclarer nulle l'inscription prise en période suspecte, alors que le tiers n'a aucune faute à se reprocher : son droit est valablement acquis, il faut bien lui donner le temps de le rendre opposable à tous les créan-

ciers. Mais il y avait un écueil à éviter : il ne serait pas prudent de laisser au créancier un délai illimité pour inscrire son hypothèque ou son privilège, autrement, voici la fraude à laquelle le débiteur et le créancier pourraient se livrer : *Primus*, commerçant, accorde à *Secundus* une hypothèque sur ses biens. Si elle est inscrite immédiatement, son crédit va être affecté, d'autres personnes n'oseront plus traiter avec lui. Il lui propose alors de lui donner la garantie qu'il sollicite, mais à la condition qu'il ne prendra inscription que plus tard, au moment où il sera sur le point de déposer son bilan. Cette combinaison serait dangereuse pour les tiers qui, croyant libres les immeubles de *Primus*, traiteraient sans crainte avec lui. Au jour de la faillite ou de la liquidation, ils verraient apparaître cette hypothèque, jusqu'alors tenue soigneusement cachée, et se trouveraient manifestement lésés. Le danger serait encore plus considérable si le commerçant avait consenti cette hypothèque au profit d'un ami, créancier fictif. Il était donc nécessaire de fixer un délai maximum pendant lequel l'inscription pourrait être prise. Bien plus, cette restriction s'imposait alors même que le créancier était de la plus entière bonne foi : en matière de faillite, la loi entoure de sa protection les créanciers composant la masse. Elle a craint qu'en donnant un trop long délai pour s'inscrire au créancier privilégié ou hypothécaire, ils ne fussent induits en erreur par le certificat négatif que leur délivrerait le conservateur des hypothèques. Aussi punit-elle, non seulement la fraude, mais encore la simple négligence du créancier. C'est ce qui nous explique pourquoi la

nullité de l'inscription peut être prononcée, alors même que le créancier ignorait la cessation des paiements de son débiteur. Voilà pourquoi l'action de l'article 447 et celle de l'article 448 ne sont pas soumises aux mêmes conditions d'exercice.

La connaissance de la cessation des paiements étant sans influence dans l'hypothèse de l'article 448, on s'explique facilement pourquoi la période suspecte comprend même les dix jours précédant la cessation des paiements.

151. — Aux termes du deuxième paragraphe de notre texte, le délai pour inscrire est de quinze jours. S'il s'écoule un temps plus long entre l'acte constitutif et l'inscription, les juges peuvent prononcer l'annulation de cette dernière. Néanmoins le délai est augmenté à raison des distances : un jour, par cinq myriamètres entre le lieu où le privilège ou l'hypothèque a pris naissance, et celui où on l'inscrit.

152. — Examinons maintenant quelles sont les sûretés réelles qui tombent sous le coup de la disposition que nous étudions.

A. — Des hypothèques.

153. — En principe, le juge pourra annuler toutes les inscriptions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires lorsque plus de quinze jours se seront écoulés entre l'acte constitutif et l'inscription. A cette règle il y a quelques exceptions : toutes les fois qu'il s'agira d'une inscription ayant pour but, non pas de modifier, mais seulement de maintenir la situation

antérieure d'un créancier, l'inscription sera inattaquable. Ainsi un renouvellement d'inscription opéré en vertu de l'article 2154 C. Civ. est valablement effectué malgré la période suspecte. La nouvelle inscription ne cause aucun préjudice aux créanciers ; depuis longtemps ils devaient connaître ce droit de préférence. La loi n'a prévu que le cas où un créancier laisserait ignorer pendant un certain temps l'hypothèque qui lui a été consentie et ferait croire ainsi à un crédit mensonger du débiteur.

154. — Aux termes de l'article 2151 C. Civ., le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a droit d'être colloqué pour deux années d'intérêt et pour l'année courante au même rang d'hypothèque que pour son capital. Si d'autres intérêts sont dus, il faut prendre une nouvelle hypothèque pour les garantir et l'inscription ne produit effet qu'à partir de sa date. Cette inscription est-elle susceptible d'être atteinte par l'article 448, § 2 ? Non, a-t-on dit, ce n'est qu'une simple mesure conservatoire ; le législateur a craint que le créancier ne se présentât à la distribution des deniers pour une somme considérable d'intérêts, aussi a-t-il exigé une inscription hypothécaire pour prévenir les tiers lorsque les intérêts seraient supérieurs à une certaine somme. Mais, en prenant inscription pour les intérêts, le créancier ne modifie pas sa situation antérieure, et les tiers, prévenus par l'inscription primitive, ne risquent pas d'être trompés. Cette solution ne saurait être admise : le créancier apporte un changement à sa situation, il l'améliore au détriment des créanciers chirographaires et la loi reconnaît si bien que cette

inscription est nouvelle, qu'elle ne lui fait prendre rang qu'à sa date. Si c'était une annexe de l'ancienne, elle aurait même rang qu'elle ¹.

155. — Que décider pour l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit? Aussi longtemps que dure le mariage ou la tutelle, cette hypothèque est dispensée de l'inscription et il ne saurait être question d'appliquer l'article 448. Mais aux termes de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, « si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit « relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants-
« cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui
« suit la dissolution du mariage ou la cessation de la
« tutelle, leur hypothèque ne date à l'égard des tiers
« que du jour des inscriptions prises ultérieure-
« ment. » Tant que l'année n'est pas expirée, l'inscription peut être valablement prise, car la loi donne aux personnes que nous venons de citer, un délai de grâce pendant lequel elles échappent à l'application du droit commun. Du reste, les tiers ne seront pas induits en erreur; ils connaissent la situation de l'incapable et doivent savoir qu'à raison de son incapacité, une hypothèque, occulte jusqu'alors, pourra surgir d'un moment à l'autre. Mais, l'année une fois achevée, l'article 448, § 2, aura-t-il une influence sur l'inscription de l'hypothèque légale? La question est débattue. Pour nous, après l'expiration du délai de grâce, cette hypothèque est soumise à l'article 448, § 2,

1. Boistel, p. 636. — Ruben de Couder, v^o faillite, n^{os} 452 et 453. En sens contraire : Lyon-Caen et Renault, t. II, n^{os} 2714 et 2788. — Aubry et Rau, t. III, § 285, note 27. — Cass., 20 février 1850, *Sir.*, 50, 1, 185.

car à partir de ce moment elle rentre dans le droit commun et l'inscription devient nécessaire pour la rendre opposable aux tiers (art. 8, loi du 23 mars 1855). Le législateur de 1855 a précisément voulu supprimer les inconvénients de la clandestinité de l'hypothèque à l'égard des tiers ; ceux-ci ne peuvent être trompés tant que dure le mariage ou la tutelle. Après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, il n'en est plus de même et l'utilité de l'inscription se fait sentir. Par faveur pour l'incapable, on lui accorde un délai pour inscrire, mais ce serait aller à l'encontre de l'esprit de la loi de 1855 et de l'article 448, que de déclarer inattaquables les inscriptions prises pendant la période suspecte, après l'expiration du délai d'un an. Au surplus, on reconnaît que l'article 448, § 1, s'applique à l'hypothèque légale et qu'après l'année de grâce, il n'est plus possible de prendre inscription si le mari ou le tuteur est déclaré en faillite. Or il est admis que les inscriptions qui sont soumises à la première partie de l'article le sont également à la seconde. Il faut donc décider, sous peine d'aboutir à une inconséquence, que l'inscription de l'hypothèque légale sera susceptible d'être annulée lorsqu'elle aura été effectuée en période suspecte et après le délai de grâce.

155 bis. — On nous répond : le principe sur lequel vous vous appuyez est exact ; après l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, l'hypothèque légale des incapables rentre effectivement dans le droit commun et est assujettie aux formalités de la publicité ; mais, relativement au point qui nous occupe, il y a précisément une déro-

gation implicite au droit commun dans l'article 448, § 2. La nullité des inscriptions est subordonnée à une condition qui ne pourra jamais se trouver remplie : il faut, en effet, qu'un délai de plus de quinze jours se soit écoulé entre l'inscription et l'acte constitutif d'hypothèque. Or, ici, il ne saurait être question d'acte constitutif ; force est donc de reconnaître que l'article 448, § 2, est inapplicable.

L'objection n'est pas embarrassante : le texte parle d'acte constitutif, car la pensée du législateur s'est portée uniquement sur les hypothèques conventionnelles et judiciaires. Il ne pouvait avoir en vue les hypothèques légales, puisqu'en 1838 elles étaient dispensées d'inscription. Nous avons montré que, par leur clandestinité, ces hypothèques étaient de nature à causer aux tiers un préjudice aussi grand que les hypothèques judiciaires ou conventionnelles, et que les unes comme les autres devaient être traitées de la même façon. Quant au délai de quinzaine dont parle l'article 448, son point de départ sera l'expiration de l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, car c'est à partir de ce moment qu'elles rentrent dans le droit commun ¹.

1. Aubry et Rau, t. III, p. 307, § 269, note 21. — Alger, 23 juin 1879, *Sir.*, 79, 2, 201. — La Cour d'Alger a décidé, dans cet arrêt, qu'après l'expiration de l'année de grâce, il n'y a pas un nouveau délai de quinzaine, parce que ce délai est déjà compris dans celui d'un an. En sens contraire, MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2788 ; cependant ces auteurs reconnaissent (note 3, p. 742) « que, dans une législation rationnelle, l'article « 448, 2° et 3° alinéas, devrait être applicable aux inscriptions des « hypothèques légales des incapables dès qu'elles sont soumises « à l'inscription pour être opposables aux tiers. »

B. Des privilèges.

156. — Nous décidons, comme nous l'avons fait pour les hypothèques et pour les mêmes motifs, que l'inscription prise en renouvellement pendant la période suspecte est à l'abri de toute attaque. On admet également que l'article 448 est inapplicable aux privilèges dispensés d'inscription.

157. — Certaines difficultés se sont élevées au sujet des privilèges soumis à l'inscription par le Code civil et pour lesquels cette formalité doit être accomplie dans un certain délai. Ainsi un commerçant est co-propriétaire d'un ou de plusieurs immeubles ; le partage a lieu et le lot de ce commerçant est grevé d'une soulte. Ses co-partageants ont un privilège qu'ils peuvent faire inscrire dans un délai de 60 ou de 45 jours, suivant que l'immeuble est resté entre les mains du co-partageant ou qu'il a été aliéné (art. 2109 C. Civ. et 6, § 2, de la loi du 23 mars 1855). Le privilège est inscrit avant l'expiration des 60 ou des 45 jours, mais plus de 15 jours après l'acte de partage ou l'adjudication sur licitation et alors que le co-partageant avait déjà cessé ses paiements. La masse pourra-t-elle faire annuler cette inscription par application de l'article 448, § 2 ? Quelques auteurs écartent ce texte : la loi donne aux co-partageants un certain délai pour inscrire leur privilège ; rien ne peut y faire obstacle, pas même la déclaration de faillite ; *a fortiori* la simple cessation des paiements n'exerce-t-elle pas d'influence. Du reste, aucune négligence ne leur est imputable puisqu'ils sont

toujours dans le délai de la loi et les tiers ne courent pas le risque d'être trompés : ils savent que le partage donne naissance à un privilège qui est encore susceptible d'être inscrit 60 jours après les opérations du partage. Enfin voyez, nous dit-on, à quels résultats aboutirait la solution opposée : d'ordinaire le co-partageant a 60 ou 45 jours pour faire inscrire son privilège, puis, lorsqu'un des communistes est commerçant, c'est à dire quand les risques d'insolvabilité sont le plus à craindre, vous réduisez le délai à 15 jours ¹. — Ces arguments ne nous paraissent pas probants ; on ne peut aller à l'encontre du texte qui est absolu et ne fait aucune distinction. Il vise l'inscription des privilèges comme celle des hypothèques. Or, si le privilège des co-partageants échappe à l'article 448, § 2, on se demande quel privilège y sera soumis. Sera-ce celui de séparation des patrimoines ? Mais on a six mois pour l'inscrire et si le raisonnement que l'on fait pour le privilège des co-partageants est exact, il l'est aussi pour celui de la séparation des patrimoines. Même solution également pour celui des architectes. Reste le privilège du vendeur d'immeuble, mais précisément tous les efforts des jurisconsultes tendent à le soustraire à l'application de notre texte. Concluons donc que l'article 448 a une portée générale et doit, en conséquence, s'appliquer au privilège des co-partageants. On nous reproche de frapper ainsi des créanciers qui n'ont aucune faute à se reprocher. C'est oublier que

1. Aubry et Rau, t. III, § 278, p. 364, note 27. — Demolombe, *Successions*, t. V, n° 198. — Pont, *Privilèges et Hypothèques*, n°s 899 et 927.

cette nullité est facultative et que le juge pourra tenir compte dans son appréciation des circonstances de fait. Au surplus, les co-partageants sachant qu'ils se trouvent en présence d'un commerçant peuvent prévoir cette éventualité, et ils ne sont pas plus maltraités que ceux qui se voient privés du droit d'inscrire leur privilège par une faillite survenue au lendemain du partage, alors qu'ils n'ont pas eu le temps matériel de remplir les formalités nécessaires pour la conservation de leur droit ¹.

Ces motifs nous conduisent à une solution semblable relativement au privilège de la séparation des patrimoines ² et à celui des architectes.

158. — Que décider pour le privilège du vendeur d'immeuble? L'article 2108 C. Civ. accorde au vendeur d'immeuble un privilège pour la totalité ou la portion du prix qui lui est due. Ce privilège est conservé soit par une inscription, soit par la transcription de l'acte de vente. Si l'une ou l'autre de ces formalités est accomplie pendant la période suspecte et plus de 15 jours après la vente, l'article 448, § 2, pourra-t-il être invoqué? Nous le pensons; en effet, ce privilège est soumis à la publicité et nous ne voyons aucun motif sérieux pour le soustraire aux règles ordinaires de la faillite. Au surplus, il est extrêmement fréquent et le législateur a certainement porté son attention sur lui quand il a rédigé notre texte; s'il avait voulu le soustraire à cette disposition, il l'aurait

1. Boistel, p. 730.

2. Il est bien évident que, pour ceux qui soutiennent que la séparation des patrimoines ne constitue pas un privilège, il ne saurait être question d'appliquer l'article 448.

dit en termes formels. Nous n'examinerons pas ici la question de savoir si ce privilège est susceptible d'être inscrit après le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation (art. 448, § 1); cette discussion sortirait du cadre de notre travail. Nous croyons avec la majorité des auteurs que cette inscription n'est plus possible une fois le jugement prononcé¹. Cette solution admise, nous pouvons conclure que si le mot *privilège* de la première partie du texte embrasse le privilège du vendeur d'immeuble, ce même privilège est également compris dans la seconde disposition de l'article puisque le deuxième alinéa n'est qu'une restriction apportée au premier et que tous deux ont trait aux mêmes actes. On objecte que l'article 448 est de droit étroit et qu'il ne vise que les inscriptions. Or, le privilège du vendeur peut se conserver au moyen d'une transcription. L'acte de vente transcrit pendant la période suspecte échappe donc à la nullité facultative de l'article 448, § 2. La réponse est facile : l'article 2108 C. Civ. dit que la transcription vaut inscription ; si l'inscription est annulable, la transcription doit l'être également. On ne comprendrait pas, du reste, une telle distinction de la part du législateur.

159. — Supposons que le syndic ou le liquidateur, agissant au nom de la masse, ait triomphé dans l'exercice de son action ; l'inscription est annulée, le privilège n'est plus susceptible de produire effet. Le vendeur aura-t-il la ressource d'intenter l'action en

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2716. — Boistel, p. 688. — Demangeat, t. V, pp. 289 et suiv. — Colmet de Santerre, t. IX, 120 *bis*, X et XI. En sens contraire, Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 903.

résolution que lui donne l'article 1654 C. Civ? La loi du 23 mars 1855 (art. 7) décide « qu'elle ne peut être
« exercée après l'extinction du privilège du vendeur
« au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur
« l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont
« conformés aux lois pour les conserver ». On a soutenu que l'action résolutoire subsistait parce que le privilège n'était pas éteint au sens de l'article 7 de la loi de 1855; ce texte suppose une extinction complète, absolue; or, dans notre hypothèse, l'annulation n'est que relative, elle existe seulement à l'égard de la masse. Ce raisonnement n'est pas convaincant : sans doute, le privilège n'est pas éteint *erga omnes*; mais entre qui le débat s'élève-t-il? Entre le vendeur et la masse. Or, précisément dans les rapports de ces personnes le privilège a cessé d'exister; on ne peut donc argumenter de son maintien pour dire que l'action en résolution subsiste. Néanmoins nous estimons que le vendeur jouit du droit de résolution, et voici comment cette solution peut se justifier : malgré la disparition du privilège, l'action résolutoire n'est pas éteinte *erga omnes*; elle cesse seulement de pouvoir être exercée au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, du chef de l'acquéreur, et *qui se sont conformés aux lois pour les conserver*. Lorsque le jugement déclaratif de faillite ou d'ouverture de liquidation judiciaire sera intervenu, les créanciers composant la masse auront acquis des droits sur l'immeuble de l'acquéreur, et lorsqu'ils auront fait inscrire l'hypothèque résultant de ce jugement (art. 590 C. Co. et 4, loi du 4 mars 1889), le vendeur sera déchu de tout droit, mais jusqu'à ce moment, il pourra

exercer son action à l'encontre des créanciers de son acheteur¹.

159 bis. — Cette théorie, dit-on, conduit à des résultats inadmissibles : vous annulez le privilège et vous armez le vendeur d'un droit beaucoup plus fort, qui lui permettra de reprendre son immeuble ; il causera ainsi à la masse un préjudice plus considérable que s'il avait simplement exercé son privilège. Ce reproche s'adresse au législateur plutôt qu'à l'interprète, et nous croyons qu'en présence de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, la solution que nous avons admise s'impose.

160. — En dehors des hypothèques et des privilèges, il existe certains actes qui exigent des mesures de publicité ; par exemple, une vente d'immeuble doit être transcrite ; il en est de même d'une donation d'immeuble. Une cession de créance est soumise à une signification au débiteur cédé ou à une acceptation dans un acte authentique. Si ces diverses formalités, accomplies pendant la période suspecte, se produisent plus de 15 jours après l'acte de vente, de donation ou de transport, pourra-t-on, par analogie, invoquer l'article 448, § 2 ? On est, en général, d'accord pour répondre négativement. Ce texte est de droit étroit, on doit l'interpréter restrictivement, il ne vise que les hypothèques et les privilèges, et ne parle que de l'inscription, on ne peut donc l'étendre aux actes que nous venons d'énumérer².

1. Troplong, *De la Transcription*, nos 282, 295 et suiv. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2717, et les autorités citées par ces auteurs aux notes 1 et 2. — Riom, 1^{er} juin 1859, *Sir.*, 59, 2, 597.

2. Boistel, p. 730. — Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 2788 bis, 2719 et 2720.

CHAPITRE III

DISPOSITIONS COMMUNES AUX ARTICLES 446 A 449

161. — Nous avons examiné à quels actes s'appliquaient les articles 446 à 449; il nous reste maintenant à nous rendre compte du fonctionnement, de la mise en pratique de ces actions en nullité. Une première question devra d'abord être étudiée par nous : quelles personnes peuvent invoquer les dispositions du Code de Commerce que nous avons commentées ? Par qui l'action sera-t-elle portée devant les tribunaux ? Qui profitera de l'annulation prononcée ? Enfin nous rechercherons ce que le créancier devra rapporter, lorsque l'acte passé avec le failli ou le liquidé aura été annulé. Chacun de ces points fera l'objet d'une section.

Section I.

*Quelles personnes peuvent invoquer les nullités
des articles 446 à 449.*

162. — Nous avons déjà indiqué, dans nos notions préliminaires, la solution qu'il convient de donner à cette question, mais sans lui consacrer les développements qu'elle comporte. La masse des créanciers du failli ou du liquidé peut seule, avons-nous dit, intenter ces actions en nullité. L'article 446 ne laisse pas le moindre doute sur ce point : « Sont nuls et

sans effet *relativement à la masse...* » Ces mots ne se retrouvent pas, il est vrai, dans les articles suivants, mais toutes ces dispositions reposent sur le même principe et doivent produire les mêmes effets. La masse seule est indiquée, c'est elle seule que le législateur a voulu protéger et toute autre personne, serait-ce même un créancier du failli ou du liquidé agissant isolément, serait mal venue à tenter ces actions. *A fortiori*, le failli ou le liquidé n'aurait pas qualité pour demander la nullité d'un acte passé par lui, alors que ses biens n'étaient pas encore frappés d'indisponibilité; il ne saurait méconnaître un engagement valablement formé.

163. — L'article 446 parle de la masse des créanciers; nous devons en tirer cette conséquence que les actions en nullité ne peuvent être intentées que s'il est intervenu un jugement prononçant la faillite ou déclarant ouverte la liquidation et à partir de ce moment seulement, car les créanciers ne forment une masse qu'autant qu'ils sont réunis dans une même procédure et représentés par un syndic ou un liquidateur¹.

1. Certaines décisions admettent que la simple cessation des paiements produit les mêmes effets qu'une faillite déclarée et appliquent, en l'absence d'un jugement prononçant la faillite, les nullités des articles 446 à 448 C. Co. (Dalloz, Code de com. annoté s. l'art. 446, nos 288 et suiv.). Nous ne saurions nous ranger à cette opinion; il suffit de lire attentivement et sans parti pris tout le titre des faillites pour être convaincu que le législateur s'est toujours placé dans l'hypothèse d'une faillite prononcée par le tribunal de commerce. Son intention n'est pas douteuse (v. à ce sujet les paroles du rapporteur à la Chambre des députés, dans Duvergier, *Collection des lois*, note sur

Ces actions se trouveront éteintes lorsque la faillite ou la liquidation sera close; à ce moment, il n'y a plus de masse, elle est dissoute.

164. — Supposons que le failli obtienne son concordat, il est remis à la tête de ses affaires et la masse cesse d'exister. Si le syndic a, avant cette époque, intenté des actions en nullité, le failli¹ profitera des rapports qui auront été effectués; en ce sens que son actif se trouvera augmenté d'autant, mais personnellement il n'en retirera aucun bénéfice, car les créanciers auront exigé des dividendes plus forts.

165. — Que décider si le représentant de la masse

l'art. 437). « La faillite, dit l'art. 440, est déclarée par jugement du tribunal de commerce. » D'autres textes ne sont pas moins précis (v. notamment les art. 443, 444 et 445). Le dessaisissement, l'exigibilité des dettes, la suspension des intérêts supposent bien une faillite organisée. Certains textes sont tellement formels, que la jurisprudence n'a pas pu en faire l'application lorsqu'il y avait cessation de paiements sans faillite déclarée. Comment concilier son système avec les articles 446, 447 et 448? — D'après l'article 437, alin. 1, dit-on, tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite; la cessation des paiements est donc un simple fait, nécessaire pour prononcer un jugement déclaratif de faillite, mais qui existe indépendamment de ce jugement et le précède. Dès qu'un tribunal quelconque a constaté cet état de fait, la faillite existe. Pourquoi ne produirait-elle pas ses effets légaux? Mais il y a lieu de rapprocher de l'art. 437, l'art. 440 qui le complète et l'éclaire. (V. sur cette question : M. Fourcade, *Des faillites non déclarées*, thèse, Lyon 1889, ch. II, pp. 90 et suiv., et les nombreuses autorités citées.)

1. Nous ne pouvons parler du liquidé, car si des actes ont été annulés en vertu des articles 446 à 449, la liquidation sera transformée en faillite et nous retombons alors dans l'hypothèse prévue au texte.

n'avait pas encore agi avant le vote du concordat? Pourra-t-on, malgré cet événement, invoquer les articles 446 à 449? Qui intentera l'action? Plusieurs opinions ont été émises sur ce point : dans un premier système, on dit : les nullités existent au profit de la masse, c'est dans son intérêt qu'elles ont été édictées, et il ne faut pas qu'en mettant des obstacles à l'exercice de ces actions, on porte atteinte à ses droits. Or, si le failli ou le liquidé est privé du droit d'invoquer les articles 446 à 449 après le vote du concordat, l'actif à distribuer se trouvera moins considérable, le débiteur ne pourra pas exécuter les engagements qu'il a pris, les créanciers se verront obligés de demander la résolution du concordat, et subiront de ce chef une perte sensible. Du reste, quand le débiteur est remis à la tête de ses affaires, la masse lui cède tous ses droits et, entre autres, celui de faire annuler certains actes ¹.

Ce système doit être repoussé : en effet, ces nullités n'existent que relativement à la masse, c'est elle seule qui peut les invoquer; aucun texte ne donne ce droit au débiteur. Les créanciers n'ont pas pu le lui céder, puisqu'à ce moment, n'existant plus comme masse, ils en sont dessaisis. Un exemple suffira à nous prouver que cette idée de cession est inexacte et qu'elle ne saurait être appliquée ici : le jugement déclaratif de faillite entraîne dessaisissement à l'égard du failli; celui-ci est néanmoins capable de s'obliger, mais la masse a le droit de considérer ses engagements comme non avenus. Si, en votant le

1. Poitiers, 2 mai 1854, *Sir.*, 58, 1, 705, en note. — Demangeat, t. V, pp. 425 et 426, note; p. 484, note 2.

concordat, les créanciers cédaient leurs droits au failli, ainsi qu'on le prétend, celui-ci pourrait demander l'annulation des actes passés par lui alors qu'il était dessaisi de l'administration de ses biens, et cependant personne n'ose le soutenir. En outre, il serait profondément immoral de permettre au débiteur d'exercer lui-même ces actions. C'est lui qui a accompli l'acte frauduleux et il viendrait se prévaloir de sa faute pour en tirer profit. La loi ne saurait consacrer un tel résultat.

166. — Cette théorie écartée, nous en trouvons une autre qui reconnaît bien l'impossibilité pour le débiteur d'invoquer ces nullités, mais qui accorde ce droit aux créanciers individuellement après le vote du concordat. « Il est naturel de reconnaître à titre
« individuel à chaque créancier les droits collectifs
« dont elle (la masse) jouissait précédemment. C'est
« là, du reste, ce qui est admis par une disposition
« formelle du Code (art. 517) pour l'hypothèque légale
« de la masse qui, après le concordat simple, peut
« être exercée par chaque créancier ¹.

Cette opinion ne nous paraît pas plus acceptable que la précédente, en présence du texte formel de l'article 446 : après le vote du concordat, il n'y a plus de masse et, partant, plus d'actions en nullité. Sans doute, la loi permet à chaque créancier de se prévaloir individuellement de l'hypothèque existant au profit de la masse ; mais c'est en vertu d'une disposition expresse et nous n'en trouvons pas de semblable relativement aux actions en nullité. Cette différence

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2922. — Boistel, n° 1052, p. 812.

se comprend : une fois le concordat voté, c'est surtout à ce moment que l'hypothèque a de l'utilité pour les créanciers ; grâce à elle, ils vont primer les créanciers qui ont contracté avec leur débiteur depuis qu'il a été remis à la tête de ses affaires. Mais les actes qui causaient préjudice à la masse, les créanciers ont eu bien longtemps pour en demander la nullité, et les syndics veillent scrupuleusement sur les droits de la masse, ils ne laissent jamais échapper une occasion d'augmenter l'actif du débiteur, en même temps que leurs honoraires. Nous pensons donc qu'après le vote du concordat, les actions en nullité sont éteintes à l'égard de tous.

167. — Le syndic a intenté une action en vertu des articles 446 à 449 ; le tribunal, faisant droit à ses conclusions, a prononcé la nullité de l'acte attaqué. Le failli sera-t-il recevable, après le vote du concordat, à poursuivre l'exécution de ce jugement ? On a soutenu qu'il était bien fondé à le faire : le syndic représente le débiteur pendant la période préparatoire de la faillite, et les jugements rendus contre lui ou à son profit sont opposables au failli qui peut également s'en prévaloir. En outre, dit-on, le concordataire succède à tous les droits de la masse et on doit lui reconnaître la faculté de les exercer en son nom. Nous avons déjà répondu à ce dernier argument. Quant au premier, s'il est vrai qu'en général le débiteur est représenté par le syndic, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit ici d'un jugement obtenu au profit de la masse, et dont elle seule peut se prévaloir tant qu'elle existe ; d'ailleurs, on ne comprendrait pas qu'un droit non susceptible d'être exercé par une personne,

le devint par ce seul fait qu'un tribunal en aurait constaté l'existence, et c'est précisément ce qui se produirait dans notre hypothèse ¹.

168. — Les héritiers du débiteur ne pourraient pas non plus intenter ces actions, car ils ne succèdent qu'aux droits du *de cujus*, et ils ne trouvent pas celui-ci dans son patrimoine.

169. — Les tiers avec lesquels ont été passés les actes prévus par les articles 446 à 449 seraient non recevables à en demander la nullité, puisqu'elle n'est pas édictée en leur faveur. Ainsi les créanciers pourront obliger celui qui a vendu ou acheté des marchandises à un commerçant, pendant la période suspecte, dans des conditions telles que l'opération pourrait être critiquée, à les livrer ou à en prendre livraison. Mais, comme ces actions n'existent qu'au profit de la masse, il s'en suit que celle-ci est pleinement capable pour y renoncer; elle verra quel est son intérêt à cet égard. Cette renonciation sera soit expresse, soit tacite, et, dans ce dernier cas, les tribunaux auront plein pouvoir d'appréciation ².

Section II.

Par qui sont exercées les actions en nullité?

170. — Nous venons de répondre à notre première question : quelles personnes peuvent invoquer les nullités des articles 446 à 449, et nous avons ainsi

1. Cass., 30 juil. 1866, *Sir.*, 66.1, 385, et en note une dissertation de M. Alauzet.

2. Dalloz, *Code de com. annoté*, art. 449, n^{os} 24 et suiv.

indiqué les personnes qui avaient le droit de se prévaloir des dispositions du Code de commerce que nous étudions. Ce n'est pas tout : il faut encore rechercher qui intentera ces actions, qui agira devant les tribunaux au nom de la masse. Dans la section précédente, nous avons vu quelles armes la loi plaçait entre les mains des créanciers pour défendre leurs intérêts ; dans cette section, nous examinerons par qui ces armes sont mises en mouvement.

171. — Au cas de faillite, aucune difficulté ne s'élève : une fois le jugement déclaratif intervenu, chaque créancier perd le droit d'agir individuellement. Les créanciers sont réunis par la loi en une masse qui est représentée par le syndic. Cette masse n'est pas une personne morale, c'est une sorte de groupement, d'association créée dans le but de simplifier la procédure et d'éviter les frais ¹. Les actions en nullité seront donc intentées par le syndic, et comme il est le représentant de la masse, les créanciers ne pourront pas attaquer les jugements rendus contre lui au moyen de la tierce-opposition, puisqu'ils auront été représentés par lui au procès.

172. — La question est plus délicate au cas de liquidation judiciaire. Ici plus de syndics : dès lors les créanciers auront-ils le droit d'agir individuellement, ou seront-ils représentés par le liquidateur ? Il n'est pas possible, dit-on, de reconnaître ce droit au liquidateur : il résulte du texte de la loi nouvelle et des travaux préparatoires qu'il n'est pas, comme le syndic, un représentant de la masse. Son rôle con-

1. V. Thaller, *Revue critique*, 1881, pp. 640 et suiv.

siste à assister le liquidé ; il l'empêche d'accomplir certains actes irréguliers dont il pourrait se rendre coupable dans la gestion de son patrimoine et la continuation de son commerce. Parfois même, il lui est permis d'accomplir seul certains actes, d'intenter une action ou d'y défendre, au refus du liquidé (art. 6), mais il n'exerce pas les droits de la masse et ne peut invoquer, en son nom, les articles 446 à 449. Si le législateur en avait décidé autrement, il n'aurait pas manqué, lors de la discussion, de citer ce cas ; cet exemple aurait été très concluant pour justifier le droit du liquidateur d'agir seul dans certaines hypothèses.

Cette action sera-t-elle intentée par chaque créancier individuellement ? C'est inadmissible, puisque les nullités n'existent qu'au profit de la masse ; c'est cette collectivité qui doit les demander et en profiter.

Reste le liquidé lui-même assisté du liquidateur. Cette solution doit être repoussée sans hésitation : le liquidé a accompli l'acte préjudiciable en toute connaissance de cause, alors qu'il n'était nullement dessaisi de l'administration de ses biens. Comment lui permettre aujourd'hui d'en demander la nullité, nullité dont, du reste, il ne profiterait pas. En outre, lorsque l'annulation de l'acte est prononcée, le tribunal transforme la liquidation en faillite ; dans ces conditions, trouverait-on jamais un débiteur disposé à introduire lui-même cette instance ?

173. — Cette action va-t-elle alors devenir lettre morte, faute d'une personne qui puisse l'intenter ? Du moment qu'elle existe, et nous croyons l'avoir démontré, il faut bien quelqu'un pour la mettre en

mouvement, et cette personne ne peut être que le liquidateur. Il nous semble que, d'après la loi du 4 mars 1889, les liquidateurs jouent un double rôle : ils sont, en première ligne et avant tout, des surveillants du liquidé, mais, en certains cas, ils représentent la masse et agissent en son nom. Ainsi, aux termes de l'article 4, ils sont tenus de requérir les inscriptions d'hypothèques mentionnées en l'article 490 C. Co. Ce n'est pas tout : l'article 15 décide que, si la liquidation se termine par un concordat par abandon d'actif, la réalisation et la répartition de l'actif seront faites conformément à l'article 541 C. Co. Or, l'article 532 du même Code, qui règle cette procédure, dit que le syndic agit au nom de la masse et comme son représentant. Les liquidateurs jouent dans ce cas le rôle des syndics. Nous rencontrons donc plusieurs hypothèses dans lesquelles les liquidateurs agissent dans l'intérêt de la masse et en son nom ; par conséquent, nous ne violons ni le texte, ni l'esprit de la loi en décidant qu'ils peuvent intenter les actions en nullité des articles 446 à 449.

174. — Mais devront-ils auparavant s'adresser au liquidé et faire constater son refus d'intenter l'action ? L'article 6 est bien précis et exige que cette formalité soit remplie dans tous les cas. Cependant nous croyons qu'il est difficile de l'appliquer dans notre hypothèse, par suite du caractère des nullités des articles 446 à 449 : le liquidé, nous l'avons dit précédemment, ne peut pas figurer comme demandeur dans l'instance, dès lors pourquoi forcer les liquidateurs à s'adresser à lui et à faire constater un refus certain d'avance ? En imposant cette condition, le

législateur n'a certainement pas songé aux actions dont nous parlons, et malgré le texte formel de l'article 6, peut-être est-il plus conforme aux principes de permettre aux liquidateurs de se soustraire à cette exigence et de se contenter de mettre le débiteur en cause ¹.

Section III.

Quelles personnes profitent de la nullité prononcée?

175. — Les créanciers composant la masse profitent seuls de cette nullité, puisque c'est dans leur intérêt qu'elle est édictée. On a cependant soutenu que, dans le cas où une donation était annulée en vertu de l'article 446, cette annulation n'existait que relativement aux créanciers antérieurs à la donation. Ceux qui lui sont postérieurs, dit-on, n'ont certainement pas dû compter sur ce gage, puisque les biens donnés avaient cessé de faire partie du patrimoine de leur débiteur. Il n'y a donc aucune injustice à ne pas leur attribuer le bénéfice résultant du rapport opéré en vertu de l'article 446. Si, une fois les créanciers antérieurs payés, il reste quelque chose, le surplus de la donation appartiendra au donataire ².

176. — Cette opinion doit être repoussée : la loi n'établit aucune distinction entre les créanciers anté-

1. Boistel, note sous un arrêt de la Cour de Douai du 4 novembre 1889, *Dal.*, 90, 2, 33. La Cour de Douai a statué en ce sens, confirmant un jugement du tribunal de Boulogne du 18 juin 1889 (*Journ. des fail.*, 1890, p. 34). Voir également Rivière, *op. cit.*, n° 338.

2. Toulouse, 1^{er} décembre 1838, *Sir.*, 38, 2, 500. — Pardessus, n° 1138.

rieurs ou postérieurs à l'acte attaqué ; tous sont placés dans la même situation et ont des droits égaux. La masse constitue une sorte de collectivité ; on n'en considère pas les éléments pris isolément, mais seulement la résultante, cette espèce d'association représentée par le syndic ou le liquidateur. Les créanciers postérieurs à la donation n'ont aucune raison de se plaindre, prétend-on, car ils n'ont jamais dû compter sur les biens faisant l'objet de la donation. Mais ils ont cru traiter avec un débiteur solvable ; ils ont été en droit d'espérer que si, par hasard, leur co-contractant venait à faire faillite ou à être déclaré en état de liquidation judiciaire, ils seraient traités comme tout créancier et qu'ils profiteraient des annulations prononcées. Pourquoi favoriserait-on un donataire, qui bien souvent ne sera qu'un ami complaisant, chargé de restituer plus tard au donateur ce qu'il aura reçu, au détriment d'un créancier sérieux dont la situation est beaucoup plus intéressante. Enfin, si le créancier postérieur était écarté, voici le raisonnement qu'il tiendrait aux créanciers antérieurs : la donation, consentie à votre préjudice, a été rapportée ; vous devez vous payer d'abord sur le montant de cette donation, puisqu'elle est, pour ainsi dire, affectée à votre seule libération ; ce n'est qu'une fois sa valeur épuisée, que vous pourrez venir sur les autres biens. Le donataire serait donc toujours dépouillé et on établirait entre les créanciers formant la masse des distinctions repoussées aussi bien par le texte que par l'esprit de la loi ¹.

1. Paradan, *Revue critique*, 1877, étude sur les articles 1146 et 1147. n° 13. — Larombière, *Obligations*, sur l'article 1167, nos 62 et 63. En sens contraire : Aubry et Rau, t. IV, § 313, p. 143, note 42.

177. — Supposons maintenant qu'aucune dette n'avait encore pris naissance au moment où l'acte attaqué a été accompli; le syndic ou les liquidateurs seront-ils recevables à en demander la nullité? Les motifs, que nous avons donnés à l'appui de la précédente solution, laissent déjà pressentir quelle sera notre réponse à cette question. Nous croyons que l'affirmative s'impose et voici pourquoi : les articles 446 à 449 ne font aucune distinction ; on ne recherche pas si des créanciers existaient, ou non, au moment où l'acte frauduleux a été passé. En notre matière, le législateur édicte des règles spéciales dérogeant au droit commun : ainsi, il ne se préoccupe, en aucune façon, de la date des différentes créances ; il met sur la même ligne tous les droits des créanciers malgré les dates variables de leurs titres. Il suffit que la masse existe au moment de la déclaration de faillite ou de l'ouverture de la liquidation, pour que ses représentants puissent agir et demander la nullité d'un acte frauduleux, à quelque époque de la période suspecte qu'il ait eu lieu. Décider autrement serait aller contre le but très moral qu'ont eu en vue les législateurs : ils ont voulu déjouer toutes les fraudes, empêcher un débiteur de soustraire ses biens à ses créanciers ou de favoriser l'un d'eux. Comprendrait-on alors qu'il pût leur dire : « J'ai commis une fraude, cela est vrai ; mon actif est insuffisant pour vous désintéresser, je le reconnais ; mais vous n'avez pas le droit d'attaquer l'acte que j'ai accompli, car à ce moment je n'avais aucune dette. » Les créanciers ne peuvent pas être privés du droit de déjouer une fraude qui leur nuit et cela d'autant moins, que

d'ordinaire l'acte frauduleux aura été accompli en prévision d'une faillite prochaine ¹.

178. — L'article 446, § 4, a donné lieu à une question très intéressante, et sur la solution de laquelle, la jurisprudence est loin d'être fixée. Des difficultés sérieuses ont été soulevées récemment devant les tribunaux sur le point de savoir qui devait bénéficier de l'annulation d'une hypothèque prononcée en vertu de l'article 446, § 4. Précisons bien l'hypothèse : un commerçant a constitué pendant la période suspecte une hypothèque au profit de *Primus*, pour sûreté d'une dette antérieurement contractée ; quelque temps après, il concède une hypothèque sur le même immeuble à *Secundus*, mais cette fois la garantie est accordée au moment où la créance prend naissance ; elle est inattaquable ainsi que nous l'avons déjà dit (art. 446, § 4). Nous supposons également qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article 447. Dans ces conditions, la première hypothèque, celle concédée à *Primus*, est annulée. Qui profite de cette annulation ? Les tribunaux, saisis de cette question, ont eu à statuer sur les prétentions diamétralement opposées de trois personnes : le représentant de la masse (c'était un syndic dans l'espèce, mais la même difficulté est susceptible de se produire, au cas de liquidation judiciaire), le créancier annulé, *Primus*, et enfin le deuxième hypothécaire, *Secundus*.

179. — Le syndic soutenait que le bénéfice de l'annulation était acquis à la masse, que c'était elle seule qui devait en profiter, puisque l'article 446 dit

1. Caen, 4 décembre 1884. *Journ. des fail.*, 1886, p. 376.

d'une façon catégorique : « sont nuls et sans effet *relativement à la masse*. » En conséquence, les collocations à l'ordre devaient être faites de la façon suivantes : au premier rang, *Primus*, au deuxième, *Secundus*; seulement la masse se substituera à *Primus* et viendra toucher le montant du bordereau en son lieu et place.

180. — Mais le deuxième hypothécaire de répondre : Vous violez ouvertement toutes les règles qui régissent la matière ; lorsqu'une hypothèque est annulée, il y a un point incontestable, c'est que le créancier hypothécaire qui occupe le second rang prend la place du créancier premier inscrit. Si le raisonnement du syndic devait être admis, on verrait ce fait anormal et contraire à toutes les dispositions du Code civil : un créancier chirographaire, la masse, venant avant un créancier hypothécaire et le primant. La Cour de cassation, qui a admis ce système, ajoute : « la nullité de l'hypothèque, prononcée par « justice, ne peut avoir d'autre résultat que de sup-
« primer l'hypothèque au regard de la masse, et non
« de la maintenir avec effet à son profit, à l'encontre
« des créanciers nantis d'hypothèques valables ins-
« crites après l'hypothèque annulée ¹. »

181. — Malgré la valeur des considérations mises en avant par la Cour de cassation, nous ne croyons

1. Cass., 11 décembre 1889, *Journ. des fail.*, 1890, p. 49 (arrêt rendu sur les conclusions contraires de M. l'avocat général Charrins). Comp. jugement du tribunal civil de la Seine du 8 février 1890, *Journ. des fail.*, 1890, p. 226. Mais le tribunal n'examine pas la question de principe ; il statue surtout en fait. Voir aussi, en ce sens, une note de M. Mahoudeau, sous l'arrêt de Cass. précité dans les *Ann. de droit comm.*, 1890, p. 4.

pas que ce système soit celui de la loi. L'article 446 le condamne; cette disposition crée une nullité relative et la Cour suprême en fait une nullité absolue. Quant aux règles qui gouvernent la matière des hypothèques, le premier système, loin de les violer, les respecte pleinement; le raisonnement de *Secundus* serait exact si l'hypothèque de *Primus* était éteinte *erga omnes*, mais rappelons-nous qu'elle ne l'est qu'à l'égard de la masse et que, par conséquent, elle subsiste à l'égard des autres créanciers hypothécaires; il n'y a donc pas de place vacante dans laquelle *Secundus* puisse monter. Le créancier hypothécaire subséquent prétend qu'on lui cause ainsi un préjudice. Pour notre part, nous n'en voyons aucun: il s'était contenté du second rang, on lui laisse la place qu'il occupait. Enfin, l'on peut encore invoquer une considération pratique: l'article 446 a pour but de protéger la masse; or, avec le système de la Cour de cassation, que va-t-il se produire? Les créanciers se trouvant en présence d'un immeuble hypothéqué à plusieurs personnes se diront: A quoi nous servira de faire annuler la première hypothèque, si nous n'en retirons aucun profit et si c'est le deuxième hypothécaire qui doit prendre la place du premier? Restons inactifs, nous éviterons ainsi les frais du procès. En sorte qu'on arrivera à ce résultat: le créancier qui aura agi frauduleusement conservera la situation qu'il s'était créée au préjudice des autres.

182. — *Primus*, le créancier annulé, a, de son côté, tenu le raisonnement suivant: en principe, pas d'intérêt, pas d'action. Or, lorsqu'après cette première hypothèque dont le syndic demande l'annu-

lation, s'en trouve une seconde parfaitement valable qui absorbe d'une façon complète le prix de l'immeuble hypothéqué, mon inscription ne vous cause aucun préjudice et dès lors vous n'êtes pas recevable à intenter cette action. L'article 446, § 4, n'est susceptible de recevoir application qu'autant que le maintien de l'hypothèque cause un dommage à la masse. Ainsi, supposons un immeuble de 100.000 fr. ; il est hypothéqué pour 25.000 fr. à *Primus* et 20.000 fr. à *Secundus*. Si l'hypothèque de *Primus* était maintenue, les créanciers subiraient un préjudice de 25.000 fr. ; il faut donc l'annuler. Mais si *Secundus* avait hypothèque sur cet immeuble pour 200.000 fr., comme le produit de la vente serait absorbé en entier par le second hypothécaire et que la masse n'en profiterait pas, elle n'a aucun intérêt à ne pas maintenir *Primus* à son rang pour 25.000 fr., puisque le résultat sera le même à son égard ¹.

Ce système repose sur cette idée qu'au cas d'annulation d'une hypothèque, c'est le créancier hypothécaire subséquent qui prend la place de l'annulé. Or, nous avons déjà combattu ce point de départ ; nous ne saurions donc admettre la théorie adoptée par le tribunal de la Seine. La distinction qu'il fait ne s'appuie sur aucun texte. On transforme la nullité relative de l'article 446 en une nullité conditionnelle et cela sans motifs. Nous repoussons d'autant plus volontiers la distinction proposée qu'elle a justement pour but de maintenir à son rang l'hypothèque que

1. Ces prétentions ont été admises par le tribunal civil de la Seine, jugement du 29 décembre 1885, *Journ. des fail.*, 1886, p. 24.

la loi veut frapper de nullité ; on épargne ainsi le créancier de mauvaise foi que le législateur désire atteindre. Du reste, il est difficile d'échapper au dilemme suivant : ou bien l'hypothèque est annulée et le créancier n'a aucun droit à faire valoir, ou bien elle subsiste et le créancier touchera intégralement, dans tous les cas, ce qui lui est dû.

183. — Ces deux systèmes repoussés, reste celui que nous avons exposé en premier lieu ; c'est le seul conforme aux termes de l'article 446 et aux motifs qui ont inspiré le législateur. Nous croyons donc que, seule, la masse profitera de l'annulation de l'hypothèque¹.

184. — Cette solution une fois adoptée, il nous faut déterminer quels moyens seront mis à la disposition du représentant de la masse pour lui permettre de toucher, au lieu et place du créancier annulé, le montant du bordereau de collocation. Lorsque l'ordre sera ouvert, pourra-t-il se présenter comme subrogé aux droits du créancier hypothécaire ? Cette manière de faire est impossible, car il ne peut invoquer ni la subrogation légale, ni la subrogation conventionnelle. Sans vouloir examiner dans ses détails cette question qui rentre dans le domaine de la procédure, nous indiquerons seulement le procédé qui a été proposé et qui nous semble pouvoir être accepté sans inconvénients : le créancier annulé se fera colloquer à son rang dans l'ordre ouvert sur le

1. Paris, 29 décembre 1887, *Journ. des fail.*, 1888, p. 150. Comme on le voit, les trois systèmes en présence ont été admis chacun par un des trois degrés de juridiction. V. les deux notes précédentes.

prix de l'immeuble, exactement comme si l'hypothèque était maintenue. Le syndic ou le liquidateur exigera de lui une délégation pour toucher le montant du bordereau ou fera opposition entre les mains de l'acquéreur de l'immeuble. En un mot, on considérera le créancier annulé comme un véritable débiteur de la masse et l'on emploiera à son égard tous les moyens que la loi donne à un créancier pour obtenir paiement de son débiteur.

Section IV.

Effets de la nullité prononcée.

185. — Il va de soi qu'au cas d'annulation prononcée en vertu de l'article 448 C. Co., le créancier annulé n'a rien à rapporter. Si une hypothèque ou un privilège a été inscrit dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de cet article, les tribunaux annuleront l'inscription, s'ils le jugent à propos, et cette garantie sera inefficace à l'égard de la masse.

La nullité de l'hypothèque ou du privilège produit vis à vis des créanciers les mêmes effets que la nullité de l'inscription.

186. — Mais supposons une donation, un paiement avant terme ou tout acte quelconque prévu par les articles 446, 447 et 449, que devra rapporter le créancier si cet acte est annulé ? Il remettra dans la masse ce qu'il aura reçu. C'est un rapport réel, effectif, et les tribunaux ne pourraient pas décider qu'il aura lieu en moins prenant. Ainsi le failli a remis

en paiement des marchandises à son créancier; ce dernier devra rapporter les marchandises elles-mêmes, s'il les détient encore; s'il ne les a plus, il donnera leur valeur en argent¹.

187. — Le créancier qui est obligé de rapporter, pourra-t-il être condamné à payer des dommages-intérêts? Si l'acte est annulé en vertu des articles 447 et 449, la réponse ne saurait être douteuse: le créancier était de mauvaise foi, il savait que la personne avec laquelle il traitait avait cessé ses paiements; il a donc causé, par sa faute, un préjudice à la masse et l'article 1382 C. Civ. l'oblige à le réparer.

188. — En cas d'application de l'article 446, une distinction est nécessaire: nous avons dit, en effet, lorsque nous avons commenté cet article, que la nullité pouvait être prononcée malgré l'entière bonne foi du tiers: la loi ne présume pas sa complicité; aussi, en principe, n'est-il pas tenu de dommages-intérêts. Cependant, si l'on prouve qu'il connaissait la situation du commerçant avec lequel il a traité, il sera condamné à indemniser les créanciers au cas où ceux-ci auraient subi un préjudice par suite de l'opération qu'ils ont fait annuler.

Pour la fixation de ces dommages-intérêts, le juge appliquera l'article 1149 du Code Civil.

189. — Lorsque le rapport aura pour objet une somme d'argent, le créancier tiendra compte à la masse des intérêts à titre de réparation. En règle générale, ils ne sont dus que du jour de la demande (art. 1153 C. Civ.). Certains auteurs pensent qu'en

1. Bordeaux, 13 mai 1868, *Dal.*, 68, 2, 200.

notre matière les intérêts courent à partir du paiement et non de la demande ¹. Il y a, dit-on, paiement de l'indû et dès lors l'article 1378 C. Civ. s'applique ; mais, au cas de donation, de dation en paiement, de paiements faits à l'échéance en espèces ou effets de commerce, il n'est guère possible de dire qu'il y a paiement de l'indû. Et encore cette théorie fût-elle vraie, qu'il faudrait, pour appliquer l'article 1378, prouver auparavant la mauvaise foi de l'*accipiens*. Tant que cette démonstration n'aura pas été faite, il ne les devra qu'à partir de la demande en justice ².

190. — Il arrive parfois que le créancier transfère à un tiers ce qu'il a reçu de son débiteur pendant la période suspecte. Si l'opération intervenue entre le créancier et le débiteur est déclarée nulle, le sous-acquéreur subira-t-il le contre-coup de cette décision et la masse pourra-t-elle l'obliger à rapporter ? Il y a lieu de faire plusieurs distinctions : d'abord, s'il s'agit d'un meuble, le sous-acquéreur de bonne foi écartera la demande en nullité en invoquant l'article 2279 C. Civ. En fait, c'est ce qui se passera le plus fréquemment et les créanciers auront peu de chances de succès de ce côté.

191. — Mais supposons que la masse se trouve en présence d'une sous-aliénation d'immeuble. *Primus* a reçu de son débiteur une dation en paiement ; il transmet à *Secundus* la propriété de l'immeuble qu'il

1. Dalloz, *Jurispr. générale*, v^o faillite, n^o 321. La jurisprudence est également fixée en ce sens : Paris, 31 décembre 1877, et Amiens, 22 février 1878, *Dal.*, 79, 2, 223. — Orléans, 17 mai 1881, *Dal.*, 82, 2, 55.

2. Lyon-Caen et Renault, t. II, n^{os} 2757 et 2776.

a reçu. Quel sera le sort de cette aliénation ? Si la nullité a été prononcée par application de l'article 446 C. Co., aucune difficulté ne s'élève : *Primus* n'ajamaïs eu de droits sur l'immeuble que lui a transmis son débiteur, puisque l'opération est nulle et sans effet à l'égard de la masse. Dès lors, il n'a pu faire acquérir la propriété de ce bien à *Secundus*, autrement la fraude serait trop facile : dès que serait intervenu l'acte entre le débiteur en état de cessation de paiements et son créancier, ce dernier s'empresserait de faire passer l'immeuble en d'autres mains. Il n'y a donc pas à rechercher si le sous-acquéreur était de bonne ou de mauvaise foi et s'il a acquis à titre gratuit ou à titre onéreux ¹.

Si, au contraire, la nullité résulte de l'article 447, on a proposé la distinction suivante : le sous-acquéreur a-t-il acquis l'immeuble à titre gratuit ? Il devra le rapporter encore qu'il soit de bonne foi. L'a-t-il acquis à titre onéreux ? La connaissance de la cessation des paiements est indispensable pour qu'il puisse être contraint au rapport ².

192. — Nous ne saurions admettre cette distinction et nous croyons qu'il convient de donner ici la même solution que dans l'hypothèse précédente. Dans les deux cas, les motifs de décider sont les mêmes : il faut protéger la masse et lui permettre de reprendre le bien annulé ; dans les deux cas, l'acte passé par le débiteur est nul relativement à la masse et ne doit pouvoir produire aucun effet à son égard.

1. Demangeat sur Bravard, t. V, pp. 265 et suiv.

2. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2775.

Les deux textes, il est vrai, ne présentent pas la même rédaction ; l'un dit : sont nuls ; l'autre : pourront être annulés ; mais rappelons-nous la raison qui a motivé cette différence de rédaction : si les tribunaux se trouvent en présence d'un des actes énumérés par l'article 446, ils doivent prononcer la nullité. S'ils ont à statuer sur un de ceux que cite l'article 447, ils ont un pouvoir d'appréciation, mais toujours l'effet du jugement d'annulation est le même. Il est donc impossible de maintenir les droits des sous-acquéreurs : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

193. — Lorsque le commerçant aura vendu, pendant la période suspecte, un immeuble à un tiers qui connaissait la situation de son vendeur, le tribunal pourra, par application de l'article 447 C. Co., annuler ce contrat ; et, dans ce cas, l'acquéreur sera condamné à restituer à la masse l'immeuble et les fruits par lui perçus conformément aux principes généraux. S'il avait déjà transmis cet immeuble à un sous-acquéreur, l'action en nullité produirait son effet à l'égard de ce dernier, et cela pour les raisons que nous avons indiquées plus haut à propos de la *datio in solutum*. Mais le sous-acquéreur de bonne foi ne devrait les fruits qu'à partir du jour de la demande en justice (art. 549 et 550 C. Civ.).

CHAPITRE IV

LÉGISLATION COMPARÉE ET CONCLUSION

194. — Il nous reste, pour terminer, à jeter un rapide coup d'œil sur les législations étrangères et à rechercher brièvement si la loi qui régit chez nous le sort des actes accomplis, en période suspecte, par le failli ou le liquidé, ne serait pas susceptible de recevoir quelques améliorations.

Section I.

Législation comparée.

195. — Ainsi que nous le faisons remarquer au début de cette étude, la plupart des nations civilisées ont pris des dispositions spéciales pour le cas où un commerçant ne serait plus capable de faire face à ses engagements. Dans un grand nombre de pays, la législation sur ce point se rapproche beaucoup de la nôtre; quelques-uns ont même adopté presque littéralement les textes de notre loi de 1838.

196. — Ainsi le *Code de l'empire ottoman*, promulgué en 1850, reproduit dans ses articles 148 à 159 les règles de nos articles 446 à 449. Il en est de même du Code de la *Principauté de Monaco* devenu exécutoire le 1^{er} janvier 1878 (art. 408 à 421).

197. — Le Code de commerce, appliqué en *Egypte*

depuis 1875, renferme des dispositions relatives aux nullités de la faillite, qui se rapprochent très sensiblement des articles 446 à 449 de notre Code. On peut faire annuler non pas seulement les actes passés depuis la cessation des paiements ou pendant les dix jours précédents, mais encore ceux qui sont antérieurs à cette date. Seulement le système de la loi varie selon qu'on envisage l'une ou l'autre de ces époques. Si l'opération est intervenue pendant la période suspecte, la nullité de droit atteint les actes à titre gratuit et les paiements de dettes non échues; les donations en paiement, les actes à titre onéreux ne peuvent être attaqués que si le tiers connaissait la situation de son co-contractant (art. 235 et 236). Nos articles 448 et 449 sont reproduits par les articles 239 et 240. Quant aux libéralités faites par le failli, elles sont nulles à quelque époque qu'elles aient été accomplies, si le donateur connaissait le mauvais état de ses affaires. Exception est faite cependant pour le « don nuptial non exagéré ».

198. — En *Belgique*, le tribunal peut reporter en arrière l'ouverture de la faillite, mais en principe il ne peut la fixer « à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de la faillite (art. 442) ». Les articles 445 et suivants reproduisent les dispositions de notre loi de 1838 relativement aux actions en nullité des actes accomplis en période suspecte. Seulement l'article 445 assimile aux actes à titre gratuit « les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour ».

199. — L'*Italie* est régie actuellement par le nouveau Code de commerce de 1882. L'article 692, alinéa 3, porte que : « En aucun cas, la date de la « cessation des paiements ne pourra être fixée à une « époque supérieure à trois années, avant la date sus- « dite. » Pour déterminer l'époque de cessation des paiements, le juge tiendra compte des circonstances, et l'article 693 lui donne des indications à ce sujet. Les actes antérieurs à la période suspecte sont soumis au droit commun en matière de fraude, c'est-à-dire à l'article 1235 du Code civil italien qui correspond à notre article 1167. Mais si les actes ont été accomplis pendant la période suspecte, une distinction est nécessaire : ceux qui sont passés dans les dix jours précédant la déclaration de faillite sont réputés frauduleux et tombent. Pour les autres, on examine leur nature : les actes à titre gratuit et les paiements de dettes non échues sont toujours nuls (art. 707, al. 2 et 3). Les paiements et autres actes à titre onéreux sont présumés frauduleux et nuls à ce titre, mais la présomption de fraude n'est pas invincible, et le tiers est admis à prouver qu'il ignorait la situation de son co-contractant (art. 709). Quant au paiement des lettres de change, la règle est contenue dans l'article 712 qui reproduit notre article 449. L'article 770 permet d'inscrire les hypothèques et privilèges jusqu'au jour du jugement déclaratif; on en conclut qu'ils peuvent être valablement inscrits, alors même qu'un certain délai se serait écoulé entre l'inscription et l'acte constitutif, sauf, bien entendu, l'application du droit commun au cas de fraude.

200. — En *Espagne*, la période suspecte est de 15 jours pour les paiements anticipés, dont l'échéance régulière arriverait postérieurement à la déclaration de faillite (art. 1038 ancien et 879 nouveau); elle est de 30 jours pour les aliénations foncières gratuites, pour les constitutions de dots faites à des fils et à des filles, pour les dations en paiement de dettes échues, pour les hypothèques ou gages se rattachant à des obligations antérieurement contractées. Les constitutions de dot sont annulables comme les autres donations (art. 880).

201. — Le Code *Hollandais* déclare nuls les paiements avant terme pour dettes qui ne devaient venir à échéance qu'après l'ouverture de la faillite et les hypothèques ou gages pour dettes antérieurement contractées, à condition toutefois que l'acte ait lieu dans les quarante jours qui précèdent la liquidation; pour les donations, la période suspecte est portée à soixante jours et même au double, selon la qualité du donataire (étranger ou parent à un degré rapproché) (art. 773 à 775). Les règles ordinaires de l'action Paulienne sont applicables aux donations ou contrats à titre onéreux à quelque époque qu'ils soient intervenus (art. 776 et 777).

202. — D'autres législations présentent des différences plus marquées avec la nôtre. En *Angleterre*, c'est le premier des *acts of bankruptcy*, accompli dans les trois mois avant la demande de mise en faillite, qui sert à déterminer le point de départ de la période suspecte (art. 43 de la loi du 25 août 1883). Il n'y a pas de jugement spécial fixant la date de la cessation des paiements et les actes qui peuvent

entraîner une déclaration de faillite sont énumérés limitativement et désignés sous le nom d'*acts of bankruptcy*. Le juge a donc des pouvoirs fort restreints ; il n'a qu'à examiner si l'acte attaqué rentre dans l'énumération de la loi.

Lorsque, pendant la période comprise entre le premier *act of bankruptcy* et la faillite, des paiements ou des actes à titre onéreux quelconques auront été faits par le débiteur, le syndic pourra en demander l'annulation ; mais, pour triompher dans son action, il devra prouver que le tiers connaissait ce premier *act*. La loi annule également les donations consenties par le failli dans les deux ou les dix années antérieures à l'*act of bankruptcy*, d'après certaines distinctions. On en excepte toutefois quelques-unes, notamment celles pour cause de mariage. Si, pendant cette même période de trois mois, le débiteur a accordé à un créancier des garanties auxquelles il n'avait pas droit, elles sont annulées malgré la bonne foi du tiers.

203. — La *Loi allemande* du 10 février 1877 et la *Loi autrichienne* du 16 mars 1884 contiennent des dispositions qui ne varient que dans quelques détails et dans la fixation des délais. Les actes frauduleux du débiteur sont révocables, mais il faut pour cela que le tiers soit complice de la fraude, même s'il s'agit d'un acte à titre gratuit ; il y a là une différence avec notre action Paulienne. On répute actes frauduleux : 1° les contrats à titre onéreux conclus dans l'année précédente avec le conjoint ou avec des parents ou alliés jusqu'à un certain degré. Cependant la présomption de fraude n'est pas irréfragable et le

co-contractant est toujours admis à la faire tomber en prouvant sa bonne foi ; 2° les donations faites à une personne quelconque dans le cours de l'année qui a précédé la faillite ; 3° les donations consenties par le failli à son conjoint pendant les deux années antérieures à la faillite. Sont également annulables, sans qu'on ait à se préoccuper de la bonne foi du défendeur, les garanties accordées par le failli à sa femme pour ses reprises, à moins qu'elles ne soient obligatoires en vertu de la loi ou d'une stipulation antérieure (art. 25).

La loi autrichienne (art. 4 à 3 et 28 à 30) renferme les mêmes dispositions, seulement la donation n'est annulée que si elle a lieu dans l'année qui précède la faillite quel qu'en soit le bénéficiaire. Le donataire de bonne foi ne rapporte que ce dont il s'est enrichi. Lorsque les actes frauduleux remontent à plus de dix ans, ils deviennent inattaquables.

Aux termes de l'article 26 de la loi allemande, la cessation des paiements ne peut être reportée à plus de six mois en arrière. Les actes accomplis en période suspecte sont annulables en vertu de l'article 23, mais à une double condition : le tiers doit connaître la cessation des paiements et l'acte être préjudiciable en lui-même. Comme la loi française, la loi allemande permet d'attaquer les paiements faits par le débiteur pendant la période suspecte et même pendant les dix jours précédents. Elle édicte une présomption de fraude *juris tantum* contre le créancier. Mêmes dispositions à l'égard des garanties qu'aurait obtenues un créancier qui n'y avait pas droit d'après son titre.

En Autriche, le créancier peut aussi prouver sa

bonne foi et faire ainsi échec à l'action en nullité (art. 5). Les actions en nullité sont intentées par l'administrateur de la faillite (L. allem., art. 29, et L. autr., art. 16). En outre, ces deux législations ont adopté une disposition qui fait disparaître, dans une certaine mesure, les difficultés que nous avons signalées en recherchant si l'action en nullité était susceptible d'être intentée après le vote du concordat; elles décident que les nullités d'actes passés avant la déclaration de faillite ne peuvent plus être demandées lorsqu'une année s'est écoulée depuis le jugement qui a prononcé la faillite (L. allem., art. 34, et L. autr., art. 27). Les articles 27 (L. allem.) et 8 (L. autr.) décident que les paiements faits pendant la période suspecte ne peuvent être annulés quand celui qui les a reçus était tenu de les accepter sous peine de perdre son recours contre d'autres signataires du titre. C'est la solution de notre article 449 selon l'interprétation de la jurisprudence.

Le Code autrichien a également tranché certaines controverses qui ont pris naissance dans plusieurs législations; c'est ainsi qu'il décide que les avantages résultant pour un créancier d'un jugement ou d'un titre exécutoire sont susceptibles d'être annulés; il en est de même des renonciations à des successions ou à des legs et des procès où le failli n'a pas été défendu.

Section II.

Conclusion.

204. — Lors de la discussion de la loi sur la liquidation judiciaire, le rapporteur, M. Laroze, s'expri-

maît ainsi : « On peut presque dire que les peuples
« qui ont le plus brillé par le commerce, dans tous les
« siècles, n'ont pas laissé s'écouler deux générations
« d'hommes sans changer les règles qu'ils avaient
« établies pour la réalisation et la liquidation des
« biens des débiteurs insolvable. Mais, si le problème
« d'une bonne loi des faillites s'est posé partout, il
« ne paraît pas qu'il ait été heureusement et définitive-
« ment résolu partout. » Chez nous, malgré les
améliorations notables qui ont déjà été réalisées dans
le régime des faillites, il reste encore beaucoup à
faire, et la législation qui nous régit soulève de nom-
breuses critiques.

On a surtout reproché à la loi de 1838 d'être injuste
et trop sévère pour celui qu'elle frappe, et de ne
tenir aucun compte des causes qui amènent la fail-
lite. Nous n'avons pas à examiner ces reproches qui
sortent du domaine dans lequel nous nous sommes
restreint; plusieurs projets de loi ont été présentés
pour apporter un remède aux inconvénients signalés ¹,
et en attendant la réforme complète de notre législa-
tion des faillites, on a voté, le 4 mars 1889, une loi
destinée à améliorer le sort du débiteur malheureux,
à hâter la solution de la faillite et à diminuer les frais.

1. 15 juin 1880, proposition de loi de M. Saint-Martin (*Journ. off.* du 16 juin 1880, déb. parlem., p. 6567); exposé des motifs (*Journ. off.*, juillet 1880, pp. 7630, 7662 et 7710). Reproduite le 15 nov. 1881 (*Journ. off.* du 16 novembre 1881. *Déb. parlem.*, p. 2036); exposé des motifs (*Journ. off.*, *Docum. parlem.* décembre 1881, p. 1811). — Le 23 février 1882, proposition de MM. Waddington et Dautresme (*Journ. off.* du 1^{er} mars 1882, *Déb. parlem.*, p. 193); exposé des motifs (*Journ. off.*, *Docum. parlem.* de mars 1882, p. 465). Projet de loi du 27 juillet 1882 (*Journ. off.* du 28 juillet 1882, *Déb. parlem.*, p. 1464); exposé des motifs (*Journ. off.*, *Docum. parlem.* de novembre 1882, p. 2295).

205. — Quant aux dispositions du Code de commerce que nous venons d'étudier, sans être aussi vivement attaquées, elles n'ont cependant pas été à l'abri de toute critique; le pouvoir arbitraire laissé au juge pour déterminer la durée de la période suspecte n'est pas, dit-on, sans offrir de graves inconvénients. La cessation des paiements peut de cette façon être reportée à dix ou vingt années en arrière; les tiers qui, à cette époque, ont traité de bonne foi verront anéantir des actes sur le maintien desquels ils avaient le droit de compter. Ils n'ont aucune faute à se reprocher; il leur était difficile de pressentir une faillite aussi longue à éclater. D'autre part, les créanciers sachant bien qu'ils profiteront toujours du report, auront une tendance à différer la mise en faillite de leur débiteur et le laisseront pendant longtemps se débattre dans une situation sans issue. Enfin la pratique révèle que les syndics, dans le but de prolonger le règlement des faillites et d'augmenter ainsi leurs émoluments, intentent de nombreuses actions en nullité contre des contrats fort anciens et qui devraient être inattaquables. Du reste, la plupart des législations modernes ont fixé un certain délai au delà duquel les tribunaux ne peuvent plus faire remonter la cessation des paiements ¹.

206. — Il est certain que la pratique a constaté des abus de ce genre, mais sont-ils suffisants pour nécessiter une réforme? Serait-il équitable de fixer, pour la détermination de la période suspecte, un

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n^{os} 3109, 4^o et 3111. — Thaller, *op. cit.*, t. I, pp. 68, 204 et passim.

certain délai que les tribunaux ne pourraient prolonger? Nous ne le croyons pas; dans notre introduction, nous avons déjà fait observer que lorsqu'un débiteur prévoit qu'il lui sera impossible de remplir ses engagements, il avantage souvent quelques-uns de ses créanciers ou met une partie de son patrimoine à l'abri des poursuites en la faisant passer entre les mains d'un donataire ou d'un créancier fictif chargé de restituer plus tard. Ces actes frauduleux se produisent tantôt à la veille du dépôt du bilan, tantôt à une époque bien antérieure. Limiter la période suspecte à un délai fixe, une année ou deux, comme dans un certain nombre de législations étrangères, c'est maintenir des opérations très préjudiciables à la masse et qu'il sera, le plus souvent, impossible de faire tomber avec les seules ressources qu'offre le droit commun. Au surplus, les tribunaux sont là, armés de leur pouvoir d'appréciation; c'est à eux de déterminer, suivant les cas, l'époque de la cessation des paiements. S'ils estiment que des abus criants se manifestent, qu'ils examinent attentivement les contestations qui leur sont soumises, qu'ils se montrent plus difficiles et plus exigeants quand on sollicite d'eux un jugement de report; qu'ils ne fassent remonter la période suspecte qu'au jour où il sera bien constaté que le débiteur avait cessé ses paiements. Avec ce système, a-t-on dit, on porte une véritable atteinte au crédit commercial, et il n'y a plus aucune sûreté lorsque l'on contracte avec un commerçant. Mais n'oublions pas que les articles 447 et 449 exigent, pour que la nullité de l'acte soit prononcée, que le tiers ait eu connaissance de la cessation

des paiements. La plupart du temps, le tiers pourra faire échec à l'action en nullité et on n'atteindra que le créancier de mauvaise foi ; il est en faute, il devait s'attendre à voir critiquer l'acte passé par lui ; il n'a pas à se plaindre. Le reproche adressé à la loi se trouve ainsi singulièrement atténué.

207. — Une autre critique, moins importante que la précédente, a été adressée et à juste titre, croyons-nous, au mode de fixation de la période suspecte : pourquoi, dans certains cas, avoir compris dans ce délai les dix jours antérieurs à la cessation des paiements ? C'est un vestige de la législation italienne et de notre ancien droit qui n'a plus sa raison d'être, puisque le juge peut déterminer librement la date de la cessation des paiements. Néanmoins quelques auteurs sont encore partisans du maintien de ces dix jours. « Je ne vois pas qu'il soit nécessaire, a-t-on dit, de traduire dans la loi les déductions de la raison pure avec la rigueur du syllogisme¹. » En outre, ajoute-t-on, au cas où la cessation des paiements coïncide avec une déclaration de faillite, il y a toujours une période équivoque ; les créanciers pourront profiter de ce délai de dix jours pour faire annuler certains actes. Mais ce cas se rencontrera assez rarement et, nous l'avons déjà dit, le tribunal aura toujours le pouvoir, s'il le juge convenable, de reporter à dix jours en arrière la date de la cessation des paiements. Pourquoi, dès lors, créer sans raison, deux délais différents ? Pourquoi établir deux espèces de période suspecte ?

1. Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 388.

208. — La nullité de droit des donations se justifie facilement et son maintien ne présente aucun inconvénient. Pour couper court à la controverse que nous avons exposée, il serait bon de décider par un texte formel que les donations, faites par contrat de mariage, seront assimilées aux donations ordinaires ; c'est, du reste, la disposition que contenait l'article 26 de la proposition de loi de 1880.

209. — Nous comprenons moins la seconde disposition de l'article 446. Dans quel but annuler de plein droit les paiements de dettes non échues, et les paiements de dettes échues, autres que ceux en espèces ou effets de commerce ? N'y aurait-il pas lieu de tenir compte de la bonne foi du tiers ? Ces actes, par leur nature même, font présumer que le débiteur a voulu avantager son créancier. Sans doute, dans la plupart des cas, cela sera vrai ; mais il se peut très bien qu'une opération de ce genre ne masque aucune fraude, et que les parties soient toutes deux de la plus entière bonne foi. C'est, par exemple, un commerçant qui, voulant profiter de l'escompte, paie avant terme ; ou bien un négociant, créancier d'un autre, lui propose l'opération suivante : j'ai besoin pour mon commerce d'une certaine quantité de marchandises que vous avez en magasin ; au lieu de m'envoyer en numéraire ce que vous me devez, expédiez-moi des marchandises. Voilà certainement des cas où il est injuste d'annuler de plein droit l'opération, surtout si elle remonte à plusieurs années. Il nous semble qu'on aurait dû faire rentrer ces actes dans la catégorie de ceux énumérés par l'article 447. La fraude du créancier, au cas où elle

existerait, serait assez facile à prouver ; l'acte, par sa nature, laisserait déjà supposer, dans une certaine mesure, que le tiers n'ignorait pas la situation de son débiteur.

210. — Les fraudes nombreuses auxquelles donne lieu, dans la pratique, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, la difficulté de les déjouer, le préjudice qu'elles causent, appellent une réforme du législateur en cette matière. Lorsque les créanciers peuvent invoquer l'article 447, le mal n'est pas très considérable, mais, le plus souvent, la femme ne connaît pas la situation de son mari, et dès lors il est impossible d'appliquer cette disposition. Pour remédier à cet inconvénient, il serait nécessaire de distinguer entre les causes de l'hypothèque légale de la femme pendant la période suspecte : toutes celles qui naîtraient d'une cause involontaire, comme une succession recueillie par la femme, pourraient être maintenues, tandis qu'on supprimerait celles qui auraient leur source dans un acte volontaire émané de la femme, un cautionnement par exemple. Mais alors, il serait équitable de décider que la femme, qui s'est engagée dans l'intérêt du mari sans connaître l'état de ses affaires, ne serait pas obligée par ce cautionnement.

211. — L'article 449 ne soulève pas de critiques bien vives ; seulement on réclame avec raison une rédaction plus précise permettant de savoir exactement dans quel cas il doit être appliqué.

212. — M. Laroze, le rapporteur du projet de loi sur les faillites, proposait de supprimer les nullités des inscriptions de privilèges et d'hypothèques. « La

« négligence, disait-il, n'est pas préjudiciable aux
« autres créanciers. Quand on attend quinze jours
« pour faire inscrire son hypothèque, on est généra-
« lement de bonne foi ; celui qui la prend en fraude
« des droits des créanciers, l'inscrit de suite. » Le
rapporteur nous semble avoir oublié les motifs de
l'article 448 : en permettant d'annuler l'inscription,
le législateur n'a pas seulement voulu prévenir une
fraude concertée entre le créancier et son débiteur ;
il a eu aussi le désir d'empêcher une erreur dans
laquelle les tiers seraient tombés facilement : croyant
libres de toute charge les immeubles de leur co-con-
tractant, ils auraient traité sans crainte avec lui, per-
suadés qu'il avait une solvabilité suffisante puisque
rien ne venait leur révéler l'existence de l'hypothèque
ou du privilège. C'est la négligence du créancier
qu'on punit : il traite avec un commerçant, il doit
prendre inscription dans le plus bref délai ; s'il ne
le fait pas, il sait à quoi il s'expose. Mais il serait à
désirer qu'on laissât aux créanciers, pour inscrire les
privilèges, les délais qui leur sont accordés par le
Code Civil.

213. — Quant à la loi du 4 mars 1889, elle a sus-
cité les critiques les plus vives ; elle appelle certai-
nement une réforme ou tout au moins des éclaircis-
sements. Relativement à la partie spéciale qui nous
occupe, il y aurait lieu notamment d'établir, d'une
façon précise, ce qu'a voulu le législateur. Y a-t-il
une période suspecte au cas de liquidation judiciaire ?
Par qui les actions en nullité doivent-elles être inten-
tées ? La jurisprudence a déjà résolu ces questions,
mais il n'en serait pas moins à souhaiter qu'une dis-

position législative vînt nous faire connaître si telle a bien été la pensée des auteurs de la loi.

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'une législation plus douce que celle de 1838, pour le commerçant dont les affaires sont embarrassées, ne peut avoir qu'un heureux résultat et qu'elle fera diminuer dans une notable proportion les actes frauduleux portant préjudice à la masse. Le négociant qui n'aura plus à redouter une sévérité excessive à son égard, qui continuera à être considéré comme un honnête homme, bien qu'il n'ait pu faire face à ses engagements, se hâtera de déposer son bilan lorsqu'il lui sera impossible de se maintenir à la tête de ses affaires. Il ne cherchera plus à retarder cet événement par une lutte désespérée, « lutte dans laquelle il finit par succomber après avoir porté quelquefois de graves atteintes à l'honorabilité de toute sa vie, tant il est vrai, comme le disait déjà Savary, que souvent quand pauvreté entre par la porte, probité sort par la fenêtre ¹. »

1. M. Bailly, *Annales de droit commercial*, 1889, p. 49.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — A l'origine, la *manus* était inséparable du mariage.

II. — Des trois modes de *conventio in manum*, la *confarreatio* fit son apparition la première ; en second lieu, vint la *coemptio*, et enfin l'*usus*.

III. — La *confarreatio* était un mode exclusivement réservé aux patriciens.

IV. — Les Romains préféraient les sûretés personnelles aux sûretés réelles.

V. — Il est inexact de dire avec la Loi 26, D. *De regulis juris*, que celui qui a le droit d'aliéner contre le gré du propriétaire peut à plus forte raison aliéner à l'insu et en l'absence de ce dernier.

VI. — Même en matière de contrat de bonne foi, le dol n'empêche pas le contrat de se former.

VII. — Il en est de même de l'*error in substantia*.

VIII. — L'*infantia* comprenait les sept premières années de la vie.

DROIT CIVIL

I. — Dans une instance en divorce, le demandeur ne peut conclure subsidiairement à la séparation de corps.

II. — La réconciliation des époux séparés de corps ne fait pas revivre de plein droit les donations contenues au contrat de mariage et révoquées par l'effet de la séparation de corps; mais l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1451 C. Civ. suffit pour leur rendre leur efficacité.

III. — Le tribunal saisi d'une demande de conversion en divorce d'une séparation de corps prononcée aux torts réciproques des époux, ne peut prononcer la conversion aux torts exclusifs de l'un d'eux.

IV. — La renonciation à la communauté faite par la femme ou ses héritiers est définitive et irrévocable.

V. — Il ne saurait y avoir lieu entre le propriétaire et l'usager ni à l'action en partage proprement dite, ni au partage dans le sens juridique du mot.

VI. — On doit considérer, comme une simple demande en rectification d'un acte de l'état civil, et non comme une réclamation d'état, l'action tendant à faire substituer la paternité du mari en vertu de la présomption de l'article 312 C. Civ., à celle résultant de l'acte de naissance.

VII. — L'emphytéose est un droit personnel.

VIII. — Le propriétaire peut se soustraire à l'article 663 C. Civ. en abandonnant la moitié du terrain.

IX. — Le tuteur d'un individu interdit judiciairement a qualité pour intenter au nom de celui-ci une demande en divorce.

X. — La communauté est tenue, sans récompense, des dommages-intérêts que doit le mari à raison d'un délit commis par lui.

DROIT COMMERCIAL

I. — Les articles 446 à 449 C. Co. sont susceptibles de recevoir application au cas de liquidation judiciaire.

II. — En matière de liquidation judiciaire, les actions en nullité sont intentées par le liquidateur.

III. — Lorsqu'une hypothèque est annulée en vertu de l'article 446, *in fine*, c'est la masse qui profite de la nullité prononcée.

IV. — L'article 449 C. Co. ne vise que le cas d'un paiement fait par le tiré au porteur à l'échéance, sans protêt.

V. — Un jugement déclaratif de faillite est nécessaire pour qu'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse puisse être exercée.

VI. — Malgré le dessaisissement, le failli reste maître de disposer des rentes sur l'État, lui appartenant.

VII. — Dans une société en commandite, les commanditaires ne peuvent faire aucun acte de gestion même intérieure.

VIII. — Sont responsables de la nullité d'une société anonyme les administrateurs en fonctions lors de la constitution de la société.

IX. — Lorsque l'assemblée des actionnaires a, par application de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, voté la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, le titre seul reste débiteur des versements complémentaires.

X. — Lorsqu'un acte est commercial à l'égard de l'un des contractants et civil à l'égard de l'autre, celui qui a fait acte de commerce ne peut être assigné que devant le tribunal de commerce.

XI. — La vente et l'achat d'un fonds de commerce constituent une opération purement civile.

DROIT CRIMINEL

I. — L'action civile résultant d'un crime ou d'un délit, bien que portée devant un tribunal civil, est prescrite par le même temps que l'action publique.

II. — L'article 1 de la loi du 26 mars 1891 permet de faire bénéficier du sursis à l'exécution de la peine les individus condamnés à l'emprisonnement pour crimes et délits non prévus et punis par le Code pénal.

III. — Lorsque le sursis est prononcé, le condamné n'a pas le droit de choisir entre l'exécution de la peine et le sursis.

IV. — Lorsqu'une poursuite correctionnelle est de nature à entraîner la rélégalion, il ne peut être procédé dans les formes de la loi du 20 mars 1863 à peine de nullité du jugement de condamnation et de tous les actes de poursuite.

V. — Le président du conseil d'administration d'une société anonyme, poursuivi pour abus de confiance, est passible de peines correctionnelles, mais ne peut être traduit en Cour d'assises, en vertu du § 2 de l'article 408 C. Pén.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — Dans un procès intenté à la requête d'étrangers contre un Français, le changement de nationalité du défendeur, survenu au cours de la procédure, ne dessaisit pas le juge régulièrement saisi.

II. — Les conflits de lois en matière de droits réels grevant les navires, sont régis par la loi du pavillon.

III. — L'abordage dans les ports, fleuves et autres eaux intérieures est réglé par la loi du lieu où il se produit.

Vu : Le Doyen,

E. BAILLY.

Vu :

LOUIS-LUCAS.

PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Dijon.

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages	Numéros
INTRODUCTION	1	1

PREMIÈRE PARTIE

DE LA MANUS MATRIMONII CAUSA

CHAPITRE I. — De la <i>manus</i> considérée comme mode de formation du mariage.....	9	7
CHAPITRE II. — Des modes de <i>conventio in manum</i>	21	18
SECTION I. — <i>Confarreatio</i>	21	19
SECTION II. — <i>Coemptio</i>	26	25
SECTION III. — <i>Usus</i>	33	32
SECTION IV. — Ordre d'apparition des trois modes de <i>conventio in manum</i>	39	40
CHAPITRE III. — Séparation du mariage et de la <i>manus</i>	50	50
CHAPITRE IV. — Des effets de la <i>manus</i>	62	63
SECTION I. — Effets de la <i>manus</i> sur la personne de la femme.....	62	64
SECTION II. — Effets de la <i>manus</i> sur les biens.....	79	79

CHAPITRE V. — Modes de dissolution de la	Pages	Numéros
<i>manus</i>	89	90
SECTION I. — Modes directs de dissolution.	89	91
I. — <i>Diffarreatio</i>	89	92
II. — <i>Remancipatio</i>	91	94
SECTION II. — Modes indirects de dissolution	93	97

DEUXIÈME PARTIE

MANUS FIDUCIÆ CAUSA

SECTION I. — <i>Coemptio tutelæ evitandæ causa</i> .	101	106
SECTION II. — <i>Coemptio testamenti faciendi causa</i>	103	109
SECTION III. — <i>Coemptio sacrorum interimentorum causa</i>	104	111

DROIT FRANÇAIS

	Pages	Numéros
INTRODUCTION. — Notions générales. —		
Historique	111	1
CHAPITRE I. — Nullités de droit.....	133	22
SECTION I. — Actes à titre gratuit.....	135	28
SECTION II. — Des paiements.....	145	40
§ I. — Paiement portant sur une dette non échue.....	146	41
§ II. — Paiement portant sur une dette échue.....	153	49
I. Paiement en espèces.....	153	50
II. Paiement par transport.....	153	51
III. Paiement par vente.....	156	56
IV. Paiement par compensation.....	158	60
V. Paiement en effets de commerce...	165	68
SECTION III. — Constitution d'hypothèque et de gage.....	173	77
§ I. — Hypothèques.....	176	
A. Hypothèque conventionnelle.....	176	82
B. Hypothèque judiciaire.....	179	86
C. Hypothèque légale.....	181	89
§ II. — Privilèges.....	191	99
§ III. — Gage et antichrèse.....	192	102
CHAPITRE II. — Nullités facultatives.....	196	188
SECTION I. — Actes auxquels s'applique l'ar- ticle 447.....	199	113

	Pages	Numéros
§ I. — Paiements des dettes échues.....	199	114
§ II. — Actes à titre onéreux.....	201	115
§ III. — Actes judiciaires.....	207	120
§ IV. — Règles spéciales au paiement des effets de commerce.....	216	131
A. De la lettre de change.....	217	132
B. Du billet à ordre.....	229	143
C. Du chèque.....	229	144
§ V. — Différences entre les articles 447 Code de commerce et 1167 Code civil..	230	145
SECTION II. — De la nullité des inscriptions de privilèges et d'hypothèques.....	232	148
A. Des hypothèques.....	236	153
B. Des privilèges.....	241	156
CHAPITRE III. — Dispositions communes aux articles 446 à 449.....	247	161
SECTION I. — Quelles personnes peuvent invo- quer les nullités des articles 446 à 449?...	247	162
SECTION II. — Par qui sont exercées les actions en nullité?.....	253	170
SECTION III. — Quelles personnes profitent de la nullité prononcée?.....	257	175
SECTION IV. — Effets de la nullité prononcée.	265	185
CHAPITRE IV. — Législation comparée et Conclusion.....	270	194
SECTION I. — Législation comparée.....	270	195
SECTION II. — Conclusion.....	276	204
POSITIONS.....	285	

